

Santiago, diez de mayo de dos mil siete.

VISTOS :

En estos autos N° 106.686 - E, rol del Primer Juzgado del Crimen de Santiago, por sentencia dictada por el juez con dedicación exclusiva don Joaquín Billard Acuña el veintinueve de abril de dos mil cuatro, que se lee de fojas 2.154 a 2.218, se castigó a Miguel Krassnoff Martchenko, Marcelo Luis Manuel Moren Brito, Basclay Humberto Zapata Reyes y Osvaldo Enrique Romo Mena, a sufrir cada uno de ellos, diez años de presidio mayor en su grado mínimo y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por su responsabilidad de co-autores del secuestro calificado en las personas de Ricardo Aurelio Troncoso Muñoz, Hernán Galo González Inostroza, María Elena González Inostroza y Elsa Victoria Leuthner Muñoz, a contar desde el quince de agosto de mil novecientos setenta y cuatro; y a satisfacer las costas del litigio, sin otorgárseles ninguno de los beneficios de la Ley N° 18.216. Respecto de los abonos de tiempo, en el caso de Krassnoff Martchenko se le reconocieron los treinta y dos días que se encontró privado de libertad, entre el seis de enero de dos mil tres y el seis de febrero del mismo año; a Moren Brito, sesenta y nueve días que estuvo preso, entre el tres de enero de dos mil tres y el doce de marzo de ese período; a Zapata Reyes, setenta y un días que quedó detenido y en prisión preventiva, entre el tres de enero y el catorce de marzo de dos mil tres; y a Romo Mena, el tiempo que ha permanecido privado de libertad ininterrumpidamente desde el veintiséis de diciembre de dos mil dos, según aparece de fojas 1.347.

Impugnado dicho fallo por la vía de los recursos de casación en la forma y de apelación, la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de dos de junio de dos mil seis, escrita de fojas 2.282 a 2.285, desestimó la invalidación formal impetrada por la defensa de Krassnoff Martchenko y, con mayores argumentos, confirmó la resolución en alzada.

En contra de esta decisión el letrado Enrique Ibarra Chamorro, formalizó sendos recursos de casación en el fondo, el primero, en representación de Zapata Reyes, basado en las causales quinta y séptima del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal (fojas 2.286 a 2.294), y el segundo, por el convicto Romo Mena, asilado en los mismos ordinales del aludido artículo 546 (fojas 2.295 a 2.301). A su vez, Gustavo Adolfo Promis Baeza, abogado de Krassnoff Martchenko, dedujo recurso de casación en el fondo, fundado en los literales 2°, 3°, 5° y 7° del artículo 546 de esa recopilación de leyes (fojas 2.302 a 2.321). Por su parte, la defensa judicial de Moren Brito, representada por Francisco Javier Piffau Passicot, entabló recurso de casación en el fondo, sustentado sólo en el quinto numeral del antes referido artículo 546 (fojas 2.322 a 2.329), el que fue declarado inadmisibles por el tribunal de alzada a fojas 2.333.

Declarados admisibles los restantes arbitrios, se ordenó traer los autos en relación a fojas 2.336.

CONSIDERANDO :

PRIMERO: Que los distintos recursos de casación en el fondo interpuestos en la causa, descansan en las motivaciones 5ª y 7ª (Zapata Reyes y Romo Mena) y 2ª, 3ª, 5ª, y 7ª, (Krassnoff Martchenko) del artículo 546 del Código de Instrucción Criminal, vale decir, en ellos se denuncia que el dictamen, haciendo una

calificación inexacta del delito, aplica la pena en conformidad a ese predicamento; que conceptúa como delito un hecho que la ley penal no considera como tal; que, aceptados como verdaderos los hechos que se declaran probados, se haya incurrido en error de derecho al admitir las excepciones de los números 2°, 4°, 5°, 6°, 7° y 8° del artículo 433; o al aceptar o rechazar en la sentencia definitiva, las que se hayan alegado en conformidad al inciso segundo del artículo 434; y también en haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta contravención influya substancialmente en los dispositivo del veredicto.

SEGUNDO: Que para los efectos de un adecuado tratamiento de los diversos tópicos planteados, es útil consignar que el primer capítulo de casación a desarrollar reposa en la séptima causal del artículo 546 de la compilación procesal penal, que encierra la inobservancia de las normas reguladoras de la prueba delatadas, porque en el evento de acogerse, permite a esta Corte modificar los hechos fijados en la sentencia recurrida, en términos tales que posibilitarán la aceptación de las motivaciones sustantivas en que se apoyan los medios de nulidad en análisis, esto es, aquellas de los N°s. 2°, 3° y 5°, del artículo 546 del cuerpo adjetivo del ramo.

TERCERO: Que los quebrantamientos a las reglas ordenadoras de la evidencia esgrimidos por Zapata Reyes se refieren a que el pronunciamiento de marras desconoce los artículos 109, 451 y siguientes, 456 bis y 457 del Código procedimental penal; y 19 a 24 y 80 y siguientes del Código Civil.

Sostiene que los sentenciadores de alzada al confirmar íntegramente el edicto de primer grado, conculcaron las leyes reguladoras de la prueba al dar por establecidos los hechos con contravención al artículo 456 bis del Código Adjetivo Penal, dado que correspondía revocarla, absolviendo a su representado de los cargos librados en su contra en virtud de los numerales sexto y séptimo del artículo 434 del citado cuerpo de leyes, o bien, declarar su falta de participación en lo sucesos indagados.

Señala que el juez de primer grado, no aportó antecedente alguno a fin de comprobar que las víctimas siguieron privadas de libertad más allá de la época determinada como la de su detención, por el contrario, las probanzas reunidas apuntan a que los ofendidos no la sobrevivieron, quedando el delito en grado de consumado, a más tardar en la data en que se tuvo la última noticia de ellos.

Refiere que el laudo dubitado no sólo vulnera las normas de orden público atinentes a como justipreciar la prueba rendida; sino que fuerza los sucesos realizando una construcción ideológica y psicológica antagónica con toda lógica, abstrayéndose de los sucesos reales y probados, concluyendo una cuestión diversa a la verdad material.

Expresa que en materia de apreciación de la prueba nuestro ordenamiento penal expresamente ha vedado al juez utilizar reglas o parámetros distintos a los que contempla el legislador estatuyendo al efecto, básicamente en el artículo 456 bis del Estatuto de instrucción criminal, el sistema de prueba legal o tasada, cuya inobservancia autoriza la interposición del presente medio de invalidación. De igual manera, aduce transgresión del artículo 109 del indicado texto legal, dado que los juzgadores del mérito dirigieron toda su actividad investigativa a establecer la privación de libertad de las víctimas y la responsabilidad de su defendido, así como las circunstancias que la agravan, incumpliendo así el mandato de esta

Corte Suprema en orden a investigar el destino de las mismas, dejando al imputado el peso de establecer el paradero de los sujetos.

Reclama que las probanzas rendidas son absolutamente insuficientes para comprobar la intervención de su defendido en la actividad criminal pesquisada. Asevera que este sólo era un conductor y en tal calidad nunca supo el nombre de las personas que transportaba y, por consiguiente, carecía absolutamente del manejo de los acontecimientos por lo que jamás pudo proceder de la manera requerida por el artículo 141 del Código Penal, más todavía si nadie lo sindicó como el supuesto agente civil que participaba en la detención de los ofendidos, empero para los juzgadores del fondo basta con acreditar su pertenencia a cierto grupo operativo de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), para hacerlo partícipe y responsable de todos los acontecimientos que esa unidad pudo haber ejecutado.

Expone que de este modo el fallo ad quem, al confirmar y hacer suyo el a quo, ha atropellado los artículos 108 y 110 del ordenamiento adjetivo criminal, así como el artículo 457 del mismo cuerpo de leyes que determina cuáles son los medios de prueba aceptados, vulnerando además los artículos 485, 487 y 488, que regulan la comprobación a través de presunciones, y el artículo 502, que ordena exponerlas una a una, si ellas son la única prueba para acreditar la culpabilidad.

Termina por asegurar que las equivocaciones censuradas tienen influencia sustancial en lo dispositivo del fallo recurrido, por lo que solicita su invalidación y la emisión de uno de reemplazo en el que se dé acogida a sus pretensiones.

CUARTO: Que, a su turno, la asistencia jurídica del enjuiciado Romo Mena también promovió recurso de casación en el fondo en contra de la decisión del tribunal de alzada en estudio por la reseñada causal séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, ya que en su opinión se han desconocido los artículos 109, 451, 452, 456 bis, 459, 468, 485, 486 y 487 de la citada recopilación de leyes y 19 al 24 del Código Civil.

Arguye que el tribunal a quo no aportó antecedente alguno en orden a que las víctimas, diez años después de ocurridos los hechos, se encuentren actualmente con vida y en poder de sus captores, ignorando así el artículo 109 del Código de Instrucción Criminal. Tampoco lo hizo el ad quem, que sólo se limitó a confirmarlo aplicando normas internacionales que no están vigentes en nuestro país. Critica que los jurisdicentes han desatendido el imperativo legal de averiguar los hechos y las circunstancias que atenúen o extingan la responsabilidad de los inculcados, que en el caso de su defendido se hallan suficientemente acreditadas y respaldadas por esta Corte, la que al resolver la queja criminal N° 5566 – 2006, expresó la imposibilidad que Romo Mena haya podido continuar perpetrando el injusto investigado, toda vez que abandonó el país en octubre de mil novecientos setenta y cinco, rumbo a Brasil donde fue detenido en mil novecientos noventa y dos.

Asevera que la única circunstancia probada es la detención de los ofendidos, a partir de lo cual se burla la ley a través del artificio de establecer arbitrariamente que las privaciones de libertad se han mantenido en el tiempo hasta nuestros días, lo que no aparece acreditado por ningún medio de prueba. No existe una sola actuación del tribunal de primer grado que determine que las supuestas víctimas hayan sobrevivido a su cautiverio, contentándose con

establecer que fueron detenidos y que aún están vivos o por lo menos lo estuvieron por más de catorce años o hasta después de marzo de mil novecientos setenta y ocho.

Manifiesta que es dable suponer, por lógica y sentido común, que dichas personas ya fallecieron, más aún cuando los nombres de los hermanos González Inostroza, figuraron en publicaciones extranjeras que anunciaron la defunción de extremistas chilenos en el extranjero.

Puntualiza que de la prueba reunida debe colegirse que los agraviados deben presumirse muertos, y que su deceso se produjo el treinta de agosto de mil novecientos setenta y cuatro, última ocasión que se les vio con vida, en los términos del artículo 80 en armonía con el 81, N° 1°, ambos del Código Civil.

Finaliza afirmando que si los antecedentes reunidos en la litis hubieran sido ponderados legalmente por los jueces de la instancia, habrían adquirido la convicción no sólo de la privación de libertad de los ofendidos, sino que éstos han perecido, declarando necesariamente que el hecho criminoso se halla cubierto por el Decreto Ley de Amnistía o, en su defecto, que la acción penal se encuentra prescrita. Al no haberlo hecho de esa manera se ha irrogado un perjuicio a su representado, sólo reparable con la invalidación de la decisión recurrida y la dictación de una de reemplazo que así lo consigne.

QUINTO: Que la defensa de Krassnoff Martchenko también albergó su arbitrio de casación en el fondo en el numerando séptimo del artículo 546 del cuerpo de instrucción criminal y, en esencia, dice violentados los artículos 43, 451 a 488 del reseñado texto legal, así como los artículos contenidos en el Libro II, del Juicio Ordinario de Mayor Cuantía, por expresa aplicación del artículo 3° del Código de Procedimiento Civil y el 15, N° 1°, del Código Penal.

Explica que en la contestación de la acusación opuso como excepción su completa inocencia respecto de los sucesos que se le han imputado y que se sostienen en elementos de prueba que no son tales pues carecen de veracidad y nunca pudieron tenerse como suficientes para reprochar a su defendido un ilícito que jamás ha cometido y en el cual tampoco tuvo participación alguna, cuyos hechos le resultan enteramente ajenos y desconocidos, además de no existir comprobación en el proceso del secuestro y desaparición de los ofendidos y de que en ella hubiese participado su representado, ya que las presunciones contenidas en la acusación aparecen desprovistas de indicios reales y probados, a la vez que ha existido inexactitud insalvable en cuanto a la prueba de la participación que le cupo en el ilícito averiguado, alegaciones todas que reiteró en la apelación deducida en contra de la sentencia de primer grado.

Añade que los jueces de la alzada, al denegar las defensas quebrantaron gravemente las normas reguladoras de la prueba, en relación al valor y apreciación de los medios producidos en estos autos en lo atinente a la demostración de su participación, conculcando el Título IV del Libro II del Código de Enjuiciamiento Penal, que trata de la prueba y de la forma de apreciarla, especialmente los artículos 451 al 488 bis, errando de manera sustancial en el acto de juzgamiento, por cuanto la única probanza que se ha ponderado es la testifical y es sabido que para comprobar la participación de una persona en un ilícito no basta con este medio de convicción pues sólo la confesión que reúne los requisitos del artículo 481 de ese cuerpo de leyes es prueba suficiente y los restantes medios sólo pueden configurar indicios o presunciones. De las

testimoniales prestadas en el juicio, dice que sólo puede llegar a concluirse que el centro de detención "Londres 38" efectivamente existió y que en cumplimiento de sus labores militares, algunas veces le tocó a su asistido concurrir ocasionalmente hasta dicho lugar. Pero del conjunto de atestados prestados no emana ninguna declaración que directa o indirectamente, en forma expresa o velada, permita sustentar ni concluir que a su persona pudiese corresponderle algún grado de participación en la detención y posterior desaparecimiento de las víctimas que ha motivado el presente litigio, por lo que no existe afirmación alguna que suministre indicios o presunciones en los cuales los sentenciadores del fondo hayan podido apoyar su arbitrio, lo que importa un grave atentado al valor y apreciación de la prueba rendida en autos, y que ha redundado en una condena sobre hechos que de ninguna manera se encuentran establecidos.

Estima entonces que los juzgadores de la instancia se equivocaron en la aplicación del derecho en este punto, al confundir las circunstancias que la ley les permite acreditar con testigos, puesto que con arreglo a lo expresado en el artículo 459 del Código adjetivo criminal, este medio de prueba sólo sirve para comprobar el hecho punible, más no la participación, dado que ella sólo puede apoyarse en la confesión prestada de acuerdo a lo prevenido en el artículo 481 del ordenamiento en estudio, que no es el caso, o por la constitución de indicios o presunciones configurados abusivamente y contra todas las reglas generales de la prueba, omitiendo entonces los jueces someterse al régimen de apreciación legal que gobierna esta materia.

En subsidio de las reglas del Código procedimental penal, dice el recurrente, rigen las de su homónimo civil y en asuntos de prueba, específicamente las del Libro II del Juicio Ordinario de Mayor Cuantía, por expresa aplicación de los artículos 3° de la segunda recopilación y 43, de la primera, por lo que los principios formativos de la prueba consagrados en el procedimiento civil son plenamente aplicables al proceso penal. En cuanto a los indicios judiciales, son el único medio en el cual se fundamenta la sentencia condenatoria y han sido construidas en contravención a las normas relativas a la configuración de presunciones del párrafo VII del Libro II Título XI del Código Instrucción Civil, en relación con el 488 de su símil penal, el cual tiene su correlato con el artículo 1712 del Código Civil y que se hace consistir en que sobre la base de testimonios que nada dicen ni afirman respecto de su participación en los hechos en examen, reputan como verdadera su intervención en el mismo, lo que no se encuentra demostrado ni certificado en los autos y de este mismo modo comprueban el hecho punible, extendiendo así el error de derecho, merced a que las referidas presunciones judiciales no cumplen con los requisitos del artículo 488 ya referido, al no ser graves, precisas ni concordantes.

El recurrente asegura que carecen de precisión porque no se fundan en hechos reales y probados en el proceso, lo que se verifica con solo leer las declaraciones de los testigos de autos, ni se asientan en ningún dicho inculpatorio que permita configurar siquiera un indicio acerca de la participación en el injusto en estudio y se han usado los testimonios como base de una presunción judicial falsa, por cuanto sus asertos no son acerca de hecho material, positivo y concreto alguno que pudiera ser percibido por sus sentidos en cuanto a la participación en el ilícito perseguido y en un solo caso se emite afirmación acerca de un tal capitán

Miguel, con quien se pretende vincular a su representado cuando está probado en el proceso que a la fecha de los sucesos sólo investía el grado de teniente.

Asimismo, la prueba rendida no es grave, múltiple ni precisa, en el sentido que de las testificales se pueden obtener las más diversas significaciones, y tampoco son directas, de suerte de conducir lógica y naturalmente al hecho que de ellas se deduce, puesto que la base de la cual arrancan no existe, no hay un solo atestado que diga o indique directamente la forma en la cual su defendido participó en los hechos y menos aún reúnen las condiciones de ser concordantes las unas con las otras, desde que en la realidad procesal la presunción es una sola, de suerte que no se acata la exigencia que los hechos deben guardar relación entre sí e inducir todos, sin contraposición, a la misma conclusión, es decir, de haber existido el evento de que se trata, cual es la participación en el ilícito verificado. Lo anterior no ocurre en la especie, ya que es materialmente imposible la concordancia de los testimonios entre sí, simplemente porque no existen asertos concordantes y la sentencia aparece plagada de meras sospechas ideológicas o políticas, en circunstancias que las presunciones judiciales deben ser, en esencia, ajenas a este tipo de interpretaciones.

SEXTO: Que en tales términos los recursos deben ser desestimados in limine, toda vez que la casación en el fondo, por su calidad de medio de impugnación extraordinario, formal y de derecho estricto, está sometida a un conjunto de reglas absolutas de las que no es posible prescindir, ya que lo contrario llevaría a desnaturalizar su fisonomía jurídica y la finalidad perseguida por la ley al incorporarlo a su normativa.

Entre esas exigencias de carácter ineludible, se hallan las consignadas en el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie, por la remisión que a ese precepto hace el artículo 535 de su homónimo procesal penal, en orden a explicar específicamente en qué consisten el o los yerros de derecho de que adolece la sentencia recurrida y señalar de qué modo ese o esos equívocos influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

SÉPTIMO: Que, bajo este prisma, nuestro ordenamiento procesal coloca al recurso en la necesidad de determinar el alcance o sentido de la ley y explicar la forma en que ha sido violentada. En otras palabras, es indispensable un verdadero enjuiciamiento de las disposiciones legales conculcadas a fin de demostrar que han sido incorrectamente aplicadas, en términos tales que estos jurisdicentes queden en condiciones de abocarse de una manera perfectamente concreta y definida al análisis de los problemas jurídicos que se someten a su decisión, porque de otro modo este recurso se convertiría en una nueva instancia del pleito que el legislador expresamente quiso evitar, conclusión que resulta, tanto del claro tenor de los cánones que lo gobiernan, cuanto de la historia fidedigna del establecimiento de la ley (Waldo Ortúzar Latapiat: "Las Causales del Recurso de Casación en el Fondo en Materia Penal", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año mil novecientos cincuenta y ocho, N° 5, página 13, nota 1; y Santiago Lazo: "Los Códigos Chilenos Anotados, Código de Procedimiento Civil", Poblete Cruzat Hnos. Editores, Santiago de Chile, año mil novecientos dieciocho, página 675).

OCTAVO: Que las presentaciones en análisis no cumplen con los reseñados requerimientos, por cuanto sus textos revelan que los oponentes solo se limitan a señalar genéricamente numerosas disposiciones legales que estiman

transgredidas y a hacer una breve relación del proceso, sin indicar en cada caso, con precisión, la forma como se habrían producido las infracciones de ley o leyes que reclaman y que configurarían la causal que invocan, por lo que aquellos resultan vagos e imprecisos, deficiencia de por sí bastante para su improcedencia, ya que la sola alegación de haberse quebrantado desde el artículo 451 a 488 del Código de Enjuiciamiento Criminal, así como los artículos contenidos en el Libro II de su homónimo de instrucción civil, restan al recurso aquella seriedad y precisión que le es consustancial.

En tal virtud, es fuerza reconocer que los presentes medios de impugnación carecen de la determinación que manda la ley, la que ciertamente ha tenido en vista la aludida naturaleza propia del recurso de casación en el fondo, su carácter excepcional y la necesidad de proteger su majestad por medio de solemnidades especiales distintas de las que se requieren en el común de los recursos.

NOVENO: Que, por otro lado, se aprecia de una simple lectura de los distintos libelos de formalización, que los recurrentes, en realidad, aunque no lo dicen explícitamente, pretenden cuestionar la ponderación que se hizo de los elementos incriminatorios reunidos en el curso de la investigación, en circunstancias que se trata de una materia que escapa del control de este tribunal, desde que le está vedado entrar a examinar y aquilatar los instrumentos probatorios mismos que ya han sido justipreciados por los sentenciadores del grado en el ejercicio de sus atribuciones propias, así como revisar las conclusiones a que ellos han llegado, ya que eso importaría desnaturalizar el arbitrio en estudio, que puede fundarse exclusivamente en cuestiones de derecho.

Es así como, en nuestro sistema procesal penal, los jueces de la instancia están facultados para valorar, con la más amplia libertad, el contenido intrínseco de los antecedentes probatorios que con eficacia legal se acumulan en la litis con el objeto de acreditar los hechos determinantes de la existencia del delito, de la responsabilidad del procesado y de las circunstancias que la atenúen o la eliminen y, por lo mismo, para darles o negarles valor.

El raciocinio que conduce al juez a considerar probados o no tales hechos con esos medios, como se dijo, escapa naturalmente del control del tribunal de casación. Así, Manuel Egidio Ballesteros expresa: “nosotros fijamos reglas generales para la manera de estimar la prueba, y consignamos los casos en que debe estimarse bastante para acreditar la existencia de un hecho, pero al mismo tiempo dejamos al juez la libertad de criterio para hacer sus inducciones o deducciones” (“Proyecto de Código de Procedimiento Penal para la República de Chile”, Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, año mil ochocientos noventa y siete, nota al artículo 466 [actual 456], páginas 254 y 255).

DÉCIMO: Que, aún cuando lo anterior es suficiente para desechar los medios de nulidad formulados, es útil dejar en claro que para que pueda prosperar el motivo de invalidación impetrado, se precisa el enunciado de normas adecuadas de las probanzas, que caen dentro del estudio y decisión de este tribunal, o sea, aquellas pautas básicas que importan prohibiciones o limitaciones impuestas por la ley a los sentenciadores para asegurar una correcta decisión en el juzgamiento criminal y que, si son conculcados con influencia sustancial en lo resolutivo del fallo, pueden provocar su invalidación. En este orden de ideas, por regla general, se ha estimado inobservancia de las leyes estimativas de la prueba cuando se invierte el peso de ella o se rechaza un medio probatorio que la ley

permita o admite uno que repudia o cuando se modifica, negando o alterando el valor probatorio que ésta asigna a los diversos medios establecidos. Calidades que, desde luego, no ostentan los artículos 1º y 15, N° 1º, del Código Penal y 43 de su homónimo de enjuiciamiento del ramo.

UNDÉCIMO: Que acorde con lo expuesto, conviene destacar que la sentencia cuya anulación se intenta, en parte alguna violentó, como pretende Zapata Reyes, el artículo 457 del Código procedimental penal, ya que dicho precepto sólo constituye norma reguladora de la prueba en cuanto se refiere a los medios legales por los cuales se comprueban los hechos en un juicio criminal y el reproche del recurso se dirige más bien a objetar la concurrencia, en la especie, de uno de los medios que tal norma comprende y en tales condiciones la contravención de la referida disposición no llega a concretarse. Por su parte, el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal es un canon “ordenatoria litis” y no regulador de la prueba, pues se limita a señalarle al juez un elemental principio de imparcialidad en la averiguación de un hecho criminoso, indicándole que debe indagar con igual celo tanto lo que perjudica como lo que beneficia al inculpaado.

La impetrada violación del artículo 456 bis de la referida compilación procesal, aunque tiene el carácter normativo requerido, puesto que, implícita pero claramente, regula la forma única en que puede tenerse por comprobado un delito y dictarse una subsecuente condena, esto, en la medida en que establece el criterio de la prueba legal como principio central, haciendo objetables las sentencias condenatorias que no cuentan con los medios de prueba legal que las sustenten; el impugnante no indica cómo ella ha sido infringida, ya que no se atribuye a los sentenciadores haber fundado su decisión en algún medio probatorio no contemplado en la ley, por el contrario, en el desarrollo del recurso se reconoce que se ha recurrido a las presunciones, probanza contemplada expresamente como idónea en el artículo 457 del estatuto de enjuiciamiento criminal.

Por lo que toca a los artículos 19 a 22 del Código Civil, su atropello no puede servir de base a un recurso de casación en el fondo atendido que, como lo ha resuelto reiteradamente esta Corte, dichas reglas sólo constituyen máximas o cánones generales destinados a orientar la labor del tribunal en su función específica de averiguar y fijar el recto y genuino sentido de la ley, por lo que su vulneración no puede incidir trascendentalmente sobre la determinación adoptada en la sentencia dubitada, toda vez que no tienen el carácter de decisoria litis.

DUODÉCIMO: Que, por su parte, de los preceptos que Romo Mena estima violentados, el artículo 468 de la recopilación adjetiva criminal, no es dable erigirlo como base de contravención a las leyes reguladoras de la prueba, dado que la ratificación de los testigos no significa la producción de un elemento probatorio nuevo, ya que con ella se persigue restar eficacia y validez a las declaraciones prestadas en el curso de la investigación sumarial, para aceptar o no como verdadero lo expuesto en el sumario.

En lo relativo al artículo 459 de la misma recopilación jurídica, es menester acotar que no constituye propiamente una norma reguladora de la prueba y sólo tiene por finalidad indicar al sentenciador un criterio determinado para estimar y valorar los hechos atestiguados por los deponentes, y en cuya apreciación los jueces obran con potestades privativas, que quedan fuera de la órbita del tribunal de casación. En efecto, corresponde a los jueces del fondo apreciar

soberanamente los asertos de los testigos y hicieron examen estimativo y comparativo, estando autorizados discrecionalmente para considerar o no como suficiente prueba de un hecho los atestados que reúnan las calidades que determina el citado artículo 459. Del mismo modo, la valoración de la fuerza probatoria de las presunciones judiciales que puedan originar tales testimonios en tanto no reúnan los requisitos exigidos por el citado artículo 459, de conformidad con lo que prescribe el artículo 464 del ordenamiento en estudio, continúa sometida a la apreciación prudencial de los jueces del fondo, no pudiéndose conculcar ninguna normativa de la probanza.

En lo que atañe al artículo 485 del estatuto de instrucción criminal, parece oportuno recordar que en modo alguno puede considerarse como una norma reguladora de la prueba, dado que se refiere a principios generales de orden procesal, ocupándose solamente de definir lo que es una presunción en el juicio criminal. Igualmente, los artículos 486 y 487 del citado texto legal únicamente distinguen entre presunciones legales y judiciales y en particular se refieren a la fuerza probatoria de las primeras. En ningún acápite del desarrollo del recurso se ha planteado la concurrencia de una presunción legal a la que se hubiese desconocido el carácter de prueba completa o bien que, desvanecida su fuerza probatoria conforme a la ley, los jueces hayan desatendido tal circunstancia, con lo que los planteamientos del recurso en tanto reposan en tales preceptos no ostentan asidero.

DÉCIMO TERCERO: Que la defensa de Krassnoff Martchenko sostiene que los sentenciadores del grado han ignorado el artículo 481 del ordenamiento procesal penal al dar por acreditada la intervención de su poderdante mediante la prueba testifical cuando, a su juicio, sólo puede demostrarse con la confesión o por presunciones.

Semejante interpretación, propia de los sistemas inquisitivos más antiguos y hoy generalmente repudiados, carece de asidero en nuestro derecho positivo, desde el momento que el artículo 481, N° 4°, del estatuto adjetivo criminal determina que la única restricción existente al respecto consiste en que no puede tenerse por comprobada la participación de una persona en un hecho punible sin hallarse éste comprobado previamente por otros medios y que la confesión concuerde con las circunstancias accidentales de aquél. Empero para acreditar el hecho punible son válidos todos los medios de prueba legal con la sola excepción de la confesión, que no es idónea para estos efectos; mientras que para la participación sirven todos los medios de prueba, incluso la confesión y entre aquellos obviamente se comprende la testimonial.

Por lo demás, es dable destacar que la sentencia recurrida tiene por acreditada su participación culpable por los otros medios de prueba que, separadamente, se enumeran en el basamento décimo tercero del veredicto de primer grado, de manera que tampoco se ha producido la contravención en los términos que propone el objetante.

DÉCIMO CUARTO: Que en lo relativo al artículo 488 del Código de Enjuiciamiento Criminal que Krassnoff reclama desconocido en toda sus partes, debido a que, en su opinión, las presunciones judiciales configuradas tanto en la sentencia de primera, como en la de segunda instancia impugnada, no son precisas en cuanto no se fundan en hechos reales y probados y no conducen lógica y naturalmente a deducir que fue autor del suceso en estudio. Al respecto

es pertinente señalar que conforme ha expresado la jurisprudencia reiterada de este tribunal, sólo una parte del mismo –no su integridad– reviste el carácter de ley reguladora. En efecto, sólo dos de los presupuestos mandados por el mentado artículo 488 pueden encuadrarse dentro de tales defectos, a saber: el N° 1°, atinente a que ellas deben fundarse en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales; y el N° 2° en aquel segmento que apunta a que deben ser múltiples, dado que ellas envuelven cotos a la facultad de apreciación del juez que quedan al margen de su ponderación personal e intrínseca de la prueba.

Por el contrario, el elemento de la gravedad inserto en el mismo numeral y los restantes que se contienen en los otros guarismos de dicha regla permanecen al margen de la esfera del recurso de casación en el fondo, porque importan cánones que, por sus características, se comprenden en las prerrogativas exclusivas de los jueces del grado a cuyo único criterio ha de quedar sujeto estimar tanto la gravedad, como la precisión, concordancia y conducción lógica y natural de los indicios judiciales a la comprobación de los hechos punibles que de ellos se procura deducir, por lo que escapa por completo al conocimiento del tribunal de casación, por cuanto se trata de un asunto de hecho que debe ser apreciado por los falladores de la instancia.

Por lo que sólo resta por analizar si las presunciones se fundamentan en hechos reales y probados y si ellas son múltiples. Al efecto la sentencia del a quo no modificada por la del ad quem ha señalado, en su motivo décimo cuarto que, de los dichos de testigos, se desprende con claridad que actuó como autor en el injusto, demostrada como está su pertenencia a la agrupación "Halcón", dependiente de la Brigada "Caupolicán", grupo operativo encargado de detener personas y trasladarlas a los centros de detención clandestinos de la Dirección de Inteligencia Nacional D.I.N.A., entre ellos, los denominados "Londres N° 38, Tres y Cuatro Álamos", para lo cual ha de tenerse presente que el procesado Krassnoff intervino en estos operativos y fue visto en dicho recinto presenciando los interrogatorios, bajo tortura, de algunos detenidos.

Refuerzan particularmente esta decisión los dichos de Viviana Elena Uribe Tamblay, de fojas 181; Pedro René Alfaro Fernández, de fojas 1.028 a 1.030, ratificadas de fojas 1.1.25 a 1.1.28; Osvaldo Romo Mena de fojas 1.185 a 1.189; y María Teresa Adriana Urrutia Asenjo, de fojas 1.210 a 1.212. De esta manera las presunciones se han basado en hechos reales y probados y no en otros indicios, como son las aludidas declaraciones y los careos practicados en autos, de los cuales surgen serios antecedentes adecuados a establecer su participación en los acontecimientos en examen. Estas pruebas son por cierto múltiples, toda vez que existen los testigos ya indicados, contestes en señalar que el encausado participó, cooperando en detenciones y presenciando interrogatorios bajo tortura de que fueron objeto los detenidos en "Villa Grimaldi" y en la misma época en que se hallaban detenidos sin derecho los ofendidos, lo que permite presumir su participación también en el caso de este último. Todos elementos de juicio reales que obran dentro del proceso y ninguno de ellos reposa en otras presunciones, sino que todos en conjunto, han permitido a los jueces adquirir la certeza acerca de la participación del agente en el delito pesquisado.

Por consiguiente, no se divisa la pretendida violación del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal en aquellas secciones que contiene leyes reguladoras de la prueba.

DÉCIMO QUINTO: Que en realidad el recurrente pretende cuestionar, aunque no lo dice determinadamente, los hechos sobre los cuales se construyeron las presunciones de acuerdo con el artículo 488, en el sentido que no están debidamente comprobados; y, a la inversa procura que otros hechos que no se han dado por demostrados en autos debieron haberlo sido. Así indica por ejemplo que se consideraron testimonios ineptos, debido a que eran abiertamente contradictorios entre sí y muy vagos o imprecisos, los cuales no permiten probar el hecho punible.

Igualmente, si de las circunstancias que se han procurado comprobar durante el transcurso del pleito resulta posible para el juez –en una labor enteramente personal y subjetiva- colegir presunciones que le permiten llegar a la certeza de la existencia de la participación del inculpado en el hecho ilícito, no puede legalmente sostenerse que se han contravenido las leyes ordenadoras de la prueba, las que no han podido atropellarse por no haberse inferido las deducciones pretendidas por la recurrente.

DÉCIMO SEXTO: Que de lo expuesto hasta ahora se advierte que el quebrantamiento atribuido a los jueces del fondo respecto de la causal séptima, no concurre en la especie, de acuerdo a la forma que indican los libelos, lo que determina su rechazo en esta sección, de suerte que a esta Corte le está vedado entrar a conocer de los hechos de la causa, que han de tenerse por inamovibles, con arreglo a la atribución exclusiva que en esta materia corresponde a los jueces del fondo por lo que ha de ser con estricto apego a ellos la aplicación del derecho y, por ende, cabe examinar exclusivamente si se ha incurrido en error de derecho al calificar los hechos que se han dado por acreditados en el proceso como descritos en el artículo 141 del Código punitivo, negando lugar a la argumentación de los recurrentes tendiente a modificarlos.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que es así como han quedado asentados como hechos inamovibles de la causa los que se contienen en el razonamiento undécimo del fallo de primer grado, no alterado por el tribunal de alzada, vale decir, que el día quince de agosto de mil novecientos setenta y cuatro, Ricardo Aurelio Troncoso Muñoz, María Elena González Inostroza, Hernán Galo González Inostroza y Elsa Victoria Leuthner Muñoz, fueron detenidos por agentes de la Dirección de Inteligencia Nacional, en el domicilio ubicado en calle Bueras número ciento setenta y cinco, manteniéndoseles privados de libertad sin orden administrativa o judicial que la justificare, en los centros de detención ilegal denominados en Londres número treinta y ocho, Tres Álamos y Cuatro Álamos, desconociéndose desde esa fecha su actual paradero.

DÉCIMO OCTAVO: Que otra causal de casación, Krassnoff la apoya en los literales 2º y 3º del artículo 546 del Código de instrucción criminal, puesto que el veredicto en estudio hizo una calificación inexacta del ilícito y determinó la pena conforme a dicho criterio y además ha valorado desacertadamente el injusto, estimando como delito un hecho que la ley penal no considera como tal, incurriendo en falsa aplicación de las normas, disponiendo la concurrencia de una legislación inexistente y declarando que el hecho se inserta en un tipo penal que nuestro ordenamiento no contempla.

A este respecto el oponente advierte que el dictamen atacado quebranta los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República, ya que las autoridades judiciales han actuado fuera de los casos previstos por aquélla, arrogándose una facultad que no les corresponde, al aplicar un derecho falso e inexistente con inclusión de leyes o tratados no aprobados ni vigentes, atentando contra el artículo 19, Nºs 2º, 3º y 7º, de la Carta Fundamental, relativos a la igualdad ante la ley, las reglas del debido proceso y el derecho a la libertad personal y seguridad individual y sus artículos 21, 50, Nº 1º, 62, 63, 65, 66, 67, 68 y 69, atinentes a la aprobación y rechazo de los Tratados Internacionales presentados por el Presidente de la República para su aprobación o no, y la forma como se aceptan, amén de las disposiciones acerca de la formación de la ley; como igualmente han desconocido los artículos 1º al 9º del Código punitivo, la normativa del Título I del Código Civil que regula la teoría de la Ley y los cánones sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, especialmente en materia penal.

Entre los basamentos 1º al 15º del fallo objetado se detalla latamente la inteligencia que tendría en la legislación patria el conjunto de tratados internacionales que allí se revisan, la mayor parte de los cuales, aduce la defensa de Krassnoff, carecen de vigor en nuestro país o simplemente ni siquiera poseen ese carácter y muchos de los preceptos invocados se integraron con posterioridad a los hechos sub lite. Ilustra su crítica con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, suscrita recién en mil novecientos noventa y cuatro y que actualmente está en tramitación en el Congreso Nacional, lo que claramente constituye aplicación de derecho inexistente, conculcando así todo nuestro orden constitucional, ya que se ha tipificado equivocadamente el delito de secuestro procurando presentarlo como equivalente al de desaparición forzada de personas previsto en el artículo II de dicha Convención, con el único objeto de proceder a denegar la aplicación de la amnistía y la prescripción.

A partir de la reflexión 33 hasta la 44 (sic) inclusive del veredicto en revisión se hace aplicación de la mencionada Convención a la cual se le concede carácter de obligatoria, pese a que en nuestro país es inexistente debido a que no ha sido revisada por nuestro Parlamento, ni ha pasado por el Tribunal Constitucional, negándose aplicación a la amnistía y a la prescripción, en virtud de una ley dictada veinte años después del ilícito indagado e inexistente en nuestra República y, en todo caso, inaplicable por el principio de irretroactividad de la ley penal, consagrado en nuestro Código Político.

Otra inexactitud que reclama la defensa de Krassnoff, consiste en la desestimación de su alegación acerca de la calificación del injusto de autos, lo que trae como colofón la imposición de una sanción improcedente, pues los sentenciadores han encasillado el hecho en análisis en el artículo 141, incisos 1º y 3º, del Código sancionatorio, como secuestro calificado y regula la pena de acuerdo con dicho tipo, cuando a la época de la desaparición de Ricardo Troncoso Muñoz, Hernán González Inostroza, María González Inostroza y Elsa Leuthner Muñoz, su defendido era funcionario público y se desempeñaba en el Ejército de Chile; por lo que, tratándose de un agente estatal que obra en carácter de tal con abuso de su cargo y de modo ilegal, se configura el tipo de detención ilegítima, descrito en el artículo 148 del mismo ordenamiento punitivo, con una penalidad diferente al secuestro, que requiere como elemento distintivo la intervención como autor de un empleado público, quien, en caso de detener a una persona por más

de treinta días, arriesga un castigo de reclusión menor y suspensión del empleo en su grado máximo, sanción que debió aplicarse y no la del artículo 141 de la referida compilación, lo que constituye un manifiesto vicio que invalida el fallo.

Concluye afirmando que la resolución censurada debió declarar la inocencia de su defendido, por no existir prueba alguna sobre su participación culpable en el ilícito que se le imputa; o, en subsidio, en el improbable evento de comprobarse su participación, debió reconocérsele el beneficio de la amnistía, por concurrir en la especie todos y cada de los supuestos necesarios para su aceptación, mismas consideraciones que se hacen extensivas a la prescripción. Añade que tampoco se calificaron las circunstancias correctamente, ya que fueron adecuadas por los sentenciadores del grado a un tipo penal diferente del que debió tratarse.

Por lo demás, continúa Krassnoff, el dictamen ha incurrido en dos gravísimas contravenciones, a saber, la infracción de las normas regulatorias de la prueba y de la apreciación de la misma; y la aplicación, a sabiendas, de un derecho falso e inexistente en nuestro país, única forma de soslayar la aplicación del derecho patrio vigente al momento en que dicen haberse perpetrado el ilícito, lo que ha traído como desenlace una sentencia injusta e ilegal, por lo que pide que el presente recurso se acoja, a fin de evitar los efectos perversos derivados de la violación de la ley denunciada y la aplicación de un falso e inexistente derecho, siendo este arbitrio la exclusiva manera de enmendar con arreglo a la ley el laudo en discusión, el cual provoca un inevitable menoscabo a su defendido, al haber sido condenado a una altísima sanción privativa de libertad, por lo que debe ser anulado y dictada una resolución de reemplazo acorde a nuestro ordenamiento en vigor y a las argumentaciones efectuadas.

DÉCIMO NONO: Que, del modo en que ha sido formulado, el presente medio de impugnación resulta confuso y contradictorio, pues se pretende revelar defectos imposibles de coexistir simultáneamente, toda vez que no es dable afirmar al mismo tiempo la errada calificación del delito, lo que supone siempre que el hecho constituye alguna inobservancia a la ley penal y, por otra parte y en forma copulativa que los mismos hechos, según los propios antecedentes del edicto, son lícitos y, por lo tanto, no lleva en sí la comisión de injusto alguno, antinomia suficiente desde ya para desechar este segmento.

En efecto, el oponente alega que de no haberse cometido las deficiencias, la acción de autos se hubiere calificado conforme al artículo 148 del Código sancionatorio, por la calidad de funcionario público que inviste su poderdante y, asimismo, se habría llegado necesariamente a la conclusión que Krassnoff Martchenko es inocente del injusto indagado y, en definitiva, debió ser absuelto.

Ambos motivos fundantes y el señalamiento de la manera de cómo influyeron los desaciertos imputados en la decisión final de la sentencia, resultan a todas luces abiertamente contradictorias, desde que la afirmación de una causal significa la negación de la otra, lo que deviene en una falta de determinación del motivo de invalidación, omisión que no se compadece con el carácter extraordinario, formal y de derecho estricto de la impugnación intentada.

VIGÉSIMO: Que la aludida condición jurídica de esta clase de recursos no permite asentarlos en ordinales incompatibles, puesto que este tribunal de casación se hallaría en la imposibilidad de pronunciarse acerca de ellas sin aceptar y rechazar al mismo tiempo los antecedentes contrapuestos entre sí, ni podría acoger una causal con preferencia de la otra, toda vez que esta Corte no

está legalmente facultada para elegir uno u otro y, por ende, no queda en condiciones de admitir el actual arbitrio en ninguna de sus partes, dado que para hacerlo tendría que prescindir de la manera en que el propio impugnante lo ha deducido, violando así la doctrina sustentada por aquellas disposiciones que gobiernan este arbitrio, que impiden variarlo de modo alguno una vez interpuesto.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, en consecuencia, si en el libelo de formalización se plantean al juzgador dos o más tesis jurídicas, que en su conjunto resultan contradictorias, es fuerza reconocer que el recurso carece de la determinación que exige la ley, por cuanto dichas premisas se destruirían entre sí y ninguna de ellas quedaría en situación de producir efectos jurídicos, lo que se opone a la mencionada naturaleza del presente medio de nulidad, cuyo objetivo primordial es fijar la recta y genuina interpretación de la ley.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que no obstante ello y con el solo propósito de ahondar en las razones del rechazo a la impugnación intentada, es menester consignar que la alegación del recurrente en orden a la equivocada calificación del hecho como constitutivo del delito de secuestro calificado, previsto y sancionado en los incisos primero y tercero del artículo 141 del Código Penal, porque a la data de la ocurrencia del evento su defendido tenía la calidad de funcionario público, puesto que se desempeñaba en entidades fiscales, como el Ejército de Chile, lo que desplaza la conducta a la figura descrita en el artículo 148 del mismo ordenamiento, llamada por la doctrina “detenciones ilegales” y, que a su juicio, es plenamente aplicable al ilícito en estudio, es útil destacar que nuestro legislador presupone en el denominado delito de detenciones ilegales, que el funcionario actúa con un móvil concordante con la función pública que debe desarrollar y de un modo, aunque ilícito, no del todo contradictorio con el ordenamiento jurídico. Entonces lo lógico es concluir que el tipo de detención ilegal verificada por funcionario es equivalente a la figura privilegiada concedida al particular que detiene a alguien para presentarlo ante la autoridad y que reprime el artículo 143 del mismo cuerpo legal.

Por ende, los casos en que no concurren los requisitos que hacen procedente el privilegio corresponden a la conducta genérica de privación de libertad; o dicho de otro modo, la sanción aplicable al funcionario depende del tipo realizado por su actuación, que puede ser tanto el especial, contenido en el referido artículo 148, como el común castigado en el artículo 141 del mismo texto, según la siguiente hipótesis disyuntiva: a) cuando es posible reconocer en el acto del funcionario una suficiente conexión con el legítimo sistema de vulneración de la libertad de las personas, el derecho penal le otorga un trato más benigno con el tipo especial privilegiado del artículo 148; o, b) de lo contrario, la acción que el funcionario realiza es la del tipo común de privación de libertad contemplada en el artículo 141, ya sea su hipótesis genérica o cualquiera de las figuras calificadas, como ocurre en el presente caso.

De suerte que el delito de detención ilegal cometido por empleado público no es un tipo singular en relación de alternatividad con la figura común de privación de libertad, sino que un título de incriminación especial en conexión de alternatividad con el tipo privilegiado expresamente reconocido por el Código Penal. De este modo, la regla general del sistema es la sanción de la privación de libertad bajo alguno de los supuestos del delito común previsto en el mentado artículo 141, ya sea cometido por un funcionario o por cualquier otra persona. La

conurrencia de ciertos elementos, valorados positivamente por el legislador, justifica un tratamiento favorecido, tratándose de funcionarios públicos, el otorgado por el artículo 148; en el caso de cualquier otra persona, el otorgado por el artículo 143 del Estatuto sancionatorio.

Para discernir donde debe insertarse la conducta del inculpado, es necesario precisar que el funcionario no sólo debe actuar guiado por un interés en la cosa pública, sino que su intervención debe demostrar también objetivamente un importante grado de congruencia o concordancia con el sistema o procedimiento regular de privación de la libertad individual.

Lo anterior se explica por las siguientes razones:

La norma que fija el tipo no restringe el círculo de autores, sino que considera autor idóneo a cualquier persona al utilizar la fórmula lingüística de alcance universal: "el que".

El concepto de "particular" no es idóneo para fundamentar un círculo de autoría restringido. Los ámbitos singulares de autoría descansan en la existencia de deberes jurídicos extra penales, cuyos destinatarios son justamente los autores especiales. Y el ciudadano común no tiene un deber específico de respetar o proteger la libertad de sus conciudadanos.

En nuestra sistemática legal, el uso del término "particular", como noción opuesta al de "empleado público", sólo tiene la finalidad de señalar que el delito de comisión por los primeros es un delito residual o genérico frente al delito de comisión por los segundos.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, por consiguiente, la privación de libertad ejecutada por un funcionario público sólo puede satisfacer el tipo del artículo 148 en la medida que concurren determinadas circunstancias que conduzcan a la valorización del hecho como menos grave desde el punto de vista de su antijuridicidad material. Sólo así se justifica que se desplace la aplicación del artículo 141. Se trata de circunstancias "que hacen imposible reconocer en la conducta del funcionario público una determinada conexión con el sistema institucional de vulneración legítima de la libertad de las personas. Si no se satisface esta exigencia de conexión o correspondencia, la conducta del funcionario público debe considerarse punible en los términos del delito común de privación de libertad del artículo 141" (Juan Pablo Mañalich: "Delitos contra intereses personalísimos", en Comentario de la Jurisprudencia del año dos mil tres, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Número I: 2004, Peñalolén, año dos mil cuatro, páginas 275 y 276).

Por lo tanto, es preciso la identificación de las propiedades o elementos típicos que definen la posición del injusto de detención por funcionario público como un injusto especial frente al común de privación de libertad.

Con el señalado fin se ha estimado como parámetros decisivos para determinar cual de las dos disposiciones es procedente aplicar, el observar que: a) se detenga en razón de la persecución de un delito; b) que se deje alguna constancia de la detención; y c) que se ponga al detenido a disposición de los tribunales de justicia. Faltando estos requisitos debe aplicarse el artículo 141, por lo que corresponde subsumir en dicho tipo la detención ilegal llevada a cabo con grave abuso del cargo por el funcionario (Antonio Bascuñán Rodríguez: "Agravios inferidos por funcionarios públicos a las libertades garantizadas por la Constitución", materiales de estudio del Curso de Derecho Penal II, de la

Universidad de Chile, segunda versión actualizada, mil novecientos noventa y ocho, páginas 23 a 27). Lo esencial, en todo caso, se advierte en el grado de obstaculización del sistema administrativo y judicial de control de la privación de libertad; mientras mayor sea esa obstaculización, mayor será la gravedad del abuso de la función comprometida en la privación de libertad.

VIGÉSIMO CUARTO: Que los elementos probatorios reunidos durante el transcurso de la litis no permiten concluir que concurren las exigencias mencionadas para enmarcar la acción de Krassnoff Martchenko en el aludido artículo 148.

En efecto, no consta en parte alguna del proceso que la detención efectuada por aquél haya obedecido a un delito cometido por las víctimas, ni menos aún que quedara constancia de dicha detención y que se les pusiera a disposición de algún tribunal de la República para sus procesamientos, sino que, por el contrario, tal como se lee de los hechos irrevocablemente fijados por el fallo de primer grado no alterado por el de segundo, Ricardo Troncoso Muñoz, Hernán González Inostroza, María González Inostroza y Elsa Leuthner Muñoz, fueron detenidos sin orden administrativa o judicial que lo justificase, siendo conducidos a distintos centros de detención clandestinos, conocidos como “Londres N° 38, Tres Álamos y Cuatro Álamos” desde donde desaparecen luego de su paso por los mismos, por lo que no es posible recalificar el injusto como de detención ilegítima, según lo pretende este compareciente.

VIGÉSIMO QUINTO: Que en lo que atañe a la cuestión planteada por los oponentes, en cuanto a que el fallo sub lite aplicó legislación no vigente en nuestra Patria al momento de ocurrir los hechos, debe también ser denegada, porque el veredicto de segundo grado no se asila en dichas normas para condenar a su defendido, sino que lo hace en el artículo 141 del Código punitivo, ilustrando su decisión con las reglas de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Declaración sobre protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y la Resolución N° 3.074 (XXVIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de tres de diciembre de mil novecientos setenta y tres, así como el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

De lo anterior fluye claramente que la condena en comento se asentó en el artículo 141, incisos 1° y 3°, del catálogo de sanciones, que reprime el delito de secuestro calificado, lo que resulta evidente de la sola lectura del fundamento duodécimo del dictamen a quo no reformado por el de alzada, y no en las regulaciones que invoca el impugnante, las cuales sólo dan cuenta de la importancia del delito cometido y como, a través del tiempo, se ha tratado de reforzar aún más la idea del respeto a la libertad individual como un bien jurídico de la mayor importancia, así como el reconocimiento a la vida y dignidad de las personas y de quienes tienen el justo y legítimo derecho de conocer el paradero de los que han sido detenidos.

VIGÉSIMO SEXTO: Que ante tales hechos y circunstancias y por lo que se ha expuesto en los fundamentos precedentes los sentenciadores han interpretado correctamente la ley al encuadrar los hechos incriminados en el artículo 141 del Estatuto de penas y no en el artículo 148 del mismo, como pretende el recurso. Todo lo que conduce a afirmar que no se han cometido las transgresiones de ley que sirven de soporte a este segmento del recurso, por lo que éste no puede prosperar.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que el último capítulo de casación de Zapata Reyes se asienta en el N° 5° del artículo 546 de la recopilación procesal criminal, denunciando como conculcados los artículos 5°, 6° y 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República; 93, N°s. 3° y 6°, 94, 95, 96, 101 y 102 del Código Penal; y el Decreto Ley N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho.

Manifiesta que el tribunal ad quem hace suyos los argumentos esgrimidos por el de primera instancia al desestimar la prescripción de la acción penal y la aplicación del mencionado Decreto Ley de Amnistía, y suponer que las acreditadas detenciones se han mantenido en el tiempo, haciendo uso, además, de normativa internacional que no se encuentra vigente en nuestro país, quebrantándose el principio de la irretroactividad de la ley penal, consagrado en el artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental.

Reprocha que para no aplicar el instituto de derecho público de la prescripción los juzgadores de la instancia concluyen que los sujetos aun a la fecha, junio de dos mil seis, siguen privados de libertad, y que los condenados mantienen sobre ellos el control, utilizando el mismo argumento para incumplir una ley expresa como lo es la de amnistía.

Arguye que en razón de la unidad del ordenamiento jurídico, son aplicables los artículos 80 y siguientes del Código Civil, más aún cuando se reúnen las exigencias del artículo 81 del señalado texto legal, especialmente su literal primero, ya que en las condiciones excepcionales que vivía la patria, es de presumir fundadamente que a él o los sujetos les haya acaecido “otro peligro semejante” de que habla la disposición mencionada,

Termina exponiendo que los yerros desarrollados precedentemente han influido en lo dispositivo del pronunciamiento, puesto que si hubieran aplicado correctamente la legislación pertinente se habría absuelto a su patrocinado de los cargos librados en su contra e insta a que, acogiendo el presente recurso, se invalide el fallo cuestionado y, acto continuo, se dicte la pertinente sentencia de reemplazo, todo ajustado a derecho.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que en seguida la asistencia jurídica del condenado Romo Mena expone sucintamente que el otro tema de censura radica en que como corolario de la contravención de las leyes reguladoras de la prueba a que se refiere el primer acápite primera sección de su recurso, la resolución dubitada ha incurrido en error de derecho al desechar las excepciones de previo y especial pronunciamiento propuestas, incluso acudiendo a tratados internacionales que no están vigentes en Chile y aplicando preceptos de otros que no se ajustan a la situación vivida en la época de los sucesos, toda vez que si las probanzas hubiesen sido ponderadas correctamente, se habría concluido que las víctimas no sobrevivieron a su cautiverio y que la data presunta de su muerte es el último día en que fueron vistas con vida, esto es, el treinta de agosto de mil novecientos setenta y cuatro, por lo que los sentenciadores del fondo debieron declarar que la presente cuestión cae bajo el ámbito de la amnistía de mil novecientos setenta y ocho, o en su defecto, que los eventos de marras se encuentran prescritos, librando en ambos casos a su poderdante de los reproches que se le formulan.

Concluye por expresar que apoyado en las argumentaciones reseñadas y en que los errores delatados tienen influencia sustancial en lo resolutivo del fallo recurrido, se deja solicitada la invalidación del mismo y la dictación de uno de reemplazo en el que se dé acogida a las pretensiones del recurrente.

VIGÉSIMO NONO: Que, finalmente, el apoderado del convicto Krassnoff Martchenko denuncia conculcado el N° 5° del artículo 546 del Estatuto procesal criminal, en relación a la omisión de las reglas de extinción de la responsabilidad penal contempladas en el Decreto Ley N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho, sobre amnistía y las de la prescripción de la acción penal consagradas en los artículos 93 y siguientes del Código del ramo.

Además de reiterar que su defendido es completamente inocente de los cargos que se le inculpan, su asistencia letrada critica a los jurisdicentes del fondo haber dejado de aceptar la excepción que oportunamente fue opuesta y consistente en la excusa legal absolutoria del referido Decreto Ley y de la prescripción de la acción penal alegadas, procediendo con abuso de derecho al no asignar valor a los reseñados textos legales.

El oponente explica que el D. L. 2191 se halla plenamente vigente y que en su artículo 1° se establecieron con precisión cuales eran las personas favorecidas, de cuyo análisis, adaptado al caso en concreto, resulta inamovible que el delito de secuestro tipificado en el inciso 3° del artículo 141 del Código punitivo, vigente a la época de la perpetración del ilícito que se averigua, queda comprendido dentro de aquél, además que el mismo se habría cometido el quince de agosto de mil novecientos setenta y cuatro, lo cual significa que estaba dentro del lapso que cubre la ley de amnistía, que corre desde el once de septiembre de mil novecientos setenta y tres hasta el diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, con mayor razón cuando se considera que recién se le sometió a proceso el veintitrés de diciembre de dos mil dos, según se lee de fojas 1.305 a 1.312 y, por ende, veintiocho años después de acaecido el delito.

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral tercero del artículo 93 del Código criminal, la amnistía extingue la responsabilidad penal y su colofón jurídico consiste exactamente en poner fin a la pena y sus efectos; y para que opere es indispensable que se encuentren acreditados el hecho punible, la responsabilidad criminal atribuida a los enjuiciados y los presupuestos de procedencia de aplicación y cumplimiento de la ley de amnistía, la que en la sentencia cuestionada ha sido ignorada por los sentenciadores de la instancia, con desconocimiento de ley y bajo pretensiones inaceptables, como meros pretextos ideológicos fundados en una interpretación libre y arbitraria de un derecho internacional donde se han incluido, con abuso, ciertas reglas sin vigencia actual en Chile y de tenerla, no podrían aplicarse, debido a que ello afecta gravemente el axioma de irretroactividad de la norma penal, consistente en que ningún delito puede ser reprimido con otra sanción que la señalada por una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, omitiéndose en el actual caso el adagio que indica que si se ha cometido un delito y antes de la sentencia de término se promulgan otras leyes que eximan el hecho indagado de toda pena o le asignen una menos rigurosa, debe ajustarse el juzgamiento a este nuevo precepto, tal como lo estatuyen los incisos primero y segundo del artículo 18 del Código punitivo, agravando dicha situación lo preceptuado en el artículo 456 bis del Código Penal (sic), que ordena que nadie podrá ser condenado sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y en él le ha correspondido al encausado una participación culpable y penada por la ley.

El recurrente representa que si se consideran las circunstancias de mil novecientos setenta y cuatro y mil novecientos setenta y cinco, de acuerdo a las normas de derecho imperantes al momento de la perpetración del ilícito pesquisado, el país se hallaba en estado de sitio y la Constitución Política suspendida, por lo que se encontraba alterado gravemente el estado de derecho sin siquiera poder determinar con certeza el verdadero estatuto jurídico aplicable en ese instante, situación que se extendió hasta mil novecientos ochenta. En atención a lo anterior resulta indispensable recurrir al cúmulo de máximas legales ya invocadas y que en este caso han sido gravemente atropelladas por los sentenciadores, olvidando los hechos y circunstancias en medio de los cuales el injusto de autos pudo haberse llevado a cabo, ya que el Decreto Ley de amnistía se inspiró precisamente en la necesidad de conceder solución legal a un problema extraordinario que se produjo, entre muchos otros, en circunstancias que la sociedad se desenvolvía excepcionalmente en un completo régimen de extra legalidad.

Asegura que los sentenciadores de la instancia, igualmente dejaron de aplicar en este caso la normativa atinente a la prescripción de la acción penal consagrada perentoriamente y con carácter de derecho público en los artículos 93 y siguientes del Código criminal, incurriendo así en contravención de ley y procuraron establecer que, con arreglo a la aplicación de ciertos tratados internacionales que invocan, casi todos ellos de data posterior al delito y uno incluso que aún no se ha incorporado a la legislación chilena, el hecho de marras constituye delito, lo que envuelve una errada y falsa calificación, ya que sería equivalente al denominado tipo de “desaparición forzada de personas”, que se cataloga como de *lesa humanidad* y como tal, sería imprescriptible. También discurren acerca de una figura delictiva que nuestro Código Penal no contempla, como aquella del secuestro permanente, que por ser tal y presentar características de extensión indefinida en el tiempo, no permitiría jamás determinar el momento exacto desde el cual debe iniciarse el cómputo de la prescripción alegada.

Entonces los juzgadores del fondo se han negado a cursar la prescripción contenida en nuestro ordenamiento, pretextando meras interpretaciones ideológicas a las cuales se refieren la mayor parte de las reflexiones del veredicto atacado para llegar a la conclusión que treinta y un años más tarde de la verificación del hecho juzgado o veintiocho años después del mismo ilícito, si se considera la fecha del procesamiento, que fue en el año dos mil dos, el plazo de prescripción ordinaria no se habría cumplido y acorde con el mismo discurso, jamás se cumplirá, así transcurran cincuenta, cien o más años, colocando en la más severa duda el sentido y naturaleza jurídica de la prescripción, que no tiene otro designio más importante que el de conceder protección jurídica a la certeza y estabilidad de los derechos de las personas, siendo una piedra angular de nuestro estado de derecho y de la sociedad.

Al negarse su aplicación, se ha privado ilegítimamente a los justiciables y a la sociedad toda de la estabilidad jurídica en que se apoya la certeza de los derechos, sometiéndolos a una situación permanentemente sísmica respecto a nuestra institucionalidad, ya que ha introducido la más grave falla estructural en el subsuelo del Estado de derecho patrio.

Finalmente, sostiene que los vicios expuestos han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en atención a que el acatamiento estricto de la normativa

aludida habría tenido como necesario colofón la absolución de su representado de los cargos librados en su contra, por lo que insta, en definitiva, que este tribunal deje sin efecto la decisión censurada y provea una en su reemplazo con estricto apego a derecho, todo ello con costas.

TRIGÉSIMO: Que como tema preliminar parece imprescindible dejar en claro que luego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que las Fuerzas Armadas y de Orden se levantaron en armas y destituyeron al gobierno constitucional y legítimamente instalado hasta entonces, asumiendo el poder, mediante el ejercicio de las facultades constituyente, legislativa y ejecutiva, se dictó por la Junta de Gobierno, el doce de septiembre de ese año, el Decreto Ley N° 5, el cual, fundado en "la situación de conmoción interna en que se encuentra el país" y en "la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general", en su artículo primero declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el Decreto Ley N° 3 del día anterior, debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el referido Código y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

Este estado se mantuvo hasta el once de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en que se emitió el Decreto Ley N° 641, que declaró a nuestra nación en Estado de Sitio, en grado de defensa interna, conforme al Decreto Ley N° 640, del día anterior, debido a que las condiciones en ese momento en el país constituían un "caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentran organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad", de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6°, letra b), de dicho cuerpo jurídico, lo que se tradujo en el "funcionamiento de los Tribunales Militares en tiempo de guerra a que se refiere el Título III del Libro I del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y se aplicara el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra", situación que se mantuvo por seis meses luego de la publicación del referido Decreto Ley 641, es decir, hasta el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que más allá de la forma y nombre que se de a las acciones militares desarrolladas en la referida data, debe prevalecer la realidad: el país pasó a ser gobernado con "bandos" los que, en el ámbito de la lógica castrense, no pueden dictarse a menos que se considere que un conflicto bélico está en curso. Textos, que por ello y en términos teóricos, deben ajustarse a los principios jurídicos que regulan el Estado, vale decir, las normas del Derecho de Gentes; no sancionando hechos perpetrados con antelación a la promulgación de aquél; y prohibiendo penas diferentes a las que señalan las leyes patrias respecto de los delitos creados por el bando (Renato Astrosa Herrera: "Derecho Penal Militar", Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos setenta y cuatro, página 38). La situación posterior que siguió a los señalados textos, se agravó con el imperio de la legislación marcial, la que conceptualmente sólo se justifica en territorio extranjero ocupado, a raíz de los vacíos normativos que en aquél se puedan detectar.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, asimismo, desde que se nombró General en Jefe de un Ejército especialmente designado para combatir a los rebeldes organizados fueron convocados los Consejos de Guerra, de conformidad con los artículos 72, 73, 418 y 419 del Código de Justicia Militar, situación expresamente prevista en los Decretos Leyes N°s. 3 y 13. El primero de ellos, de once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, invocando el Libro I, Título III del señalado cuerpo de leyes, decretó que “la junta asume la calidad de General en Jefe de las fuerzas que operarán en la emergencia” (artículo único).

A su turno, el Decreto Ley N° 13, impetrando el recién citado, expresa que la Junta de Gobierno ha asumido “las atribuciones jurisdiccionales de General en Jefe de las fuerzas que deben operar en la emergencia (considerando 1°), y que, “con arreglo al artículo 73 del Código de Justicia Militar, desde que tal declaración se formuló, ha comenzado la competencia de los tribunales militares de tiempo de guerra” (fundamento 2°). Manifestando su artículo único que la jurisdicción militar de tiempo de guerra conoce de las causas que se inician “ en el territorio declarado en estado de Asamblea o de Sitio con posterioridad al nombramiento del General en Jefe”.

La peculiaridad de la situación descrita impulsó a esta Corte a inhibir su intervención en los procesos judiciales especialísimos que en tales circunstancias surgen y a mantener la plena autonomía de la jurisdicción militar en tiempo de guerra, radicando la totalidad de la superintendencia del ejercicio jurisdiccional, aún disciplinaria, exclusivamente en el General en Jefe particularmente nombrado para superar la emergencia. Confirmando la existencia del pretendido estado de guerra en diversas decisiones, excluyendo toda posibilidad de inmiscuirse de cualquier otra autoridad de la jurisdicción ordinaria que no se encuentre incluida en la organización jerárquica, autónoma e independiente de los tribunales militares en dicho tiempo. Así, entre otras las pronunciadas en los recursos de queja N°s 6.603, de veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y tres; 6.843, de dieciséis de enero; 18.720, de ocho de mayo; 7.633 – 74, de veintiuno de agosto; amparo N° 170 – 74, de veintiuno de marzo; y contienda de competencia, N° 18.687, de diecinueve de abril, todos roles de esta Corte Suprema de mil novecientos setenta y cuatro.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, en la tarea de determinar la existencia del estado de guerra y con el propósito de desmentir la corriente de opinión que concede al mentado Decreto Ley N° 5 un objeto únicamente jurisdiccional destinado a entregar el conocimiento de ciertos ilícitos a la jurisdicción marcial, atendida la situación de subversión existente, y para el solo efecto de la aplicación de la penalidad de ese tiempo de guerra; es útil consignar lo declarado por la Fiscalía de Aviación en Tiempo de Guerra en resolución de treinta de julio de mil novecientos setenta y cuatro, recaída en los autos N° 1 - 73, la que sentó las bases jurisprudenciales para el desempeño generalizado de los Consejos de Guerra a través del país: “... nuestra legislación considera cuatro casos en los que se entiende hay estado de guerra: cuando se declara oficialmente, cuando se declara el Estado de Sitio, cuando se decreta la movilización para la guerra y cuando ‘de hecho ella existiere’. Los casos de enfrentamientos de grupos armados con las FF. AA. producidos con anterioridad al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres son indicadores claros de la existencia de una guerra de hecho”. Luego continúa que: “el inciso primero del artículo 419 señala para

considerar que una fuerza está 'frente al enemigo', debe entenderse no sólo en los casos en que notoriamente sea así, sino que también desde que las FF. AA. hayan 'emprendido los servicios de seguridad' en su contra, es decir, desde que se hayan elaborado planes para enfrentar a dicho 'enemigo', a estar al 'frente del enemigo' implica una agravación de la situación que se traduce en una mayor penalidad de los delitos cometidos en esta circunstancia...".

"Por lo tanto, la existencia de un 'enemigo interno' es reconocida por el legislador cuando concurren dos condiciones: a) que existan grupos sediciosos organizados militarmente; y b) que se haya iniciado la acción de los servicios de seguridad de las Fuerzas Armadas en contra de aquellos.

En cuanto a la segunda condición, puede mencionarse una serie de planes, instructivos y directivas emanadas de las Fuerzas Armadas y de otras instituciones en tal sentido ("Plan Lanceta", "Plan Ariete", "Plan Cobra", aplicación a nivel nacional de la L.C.A., plan antisubversivo "Lautaro", "Plan Trueno", etcétera). Y es más, el mismo 'enemigo' habría emprendido sus servicios de seguridad contra las FF. AA., como lo demuestran los propios antecedentes de este proceso. Respecto de la primera condición, el contenido de los planes e instructivos indicados hacía mención a la existencia de grupos organizados militarmente, como el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), 'Vanguardia Organizada del Pueblo' (VOP), 'Brigada Ramona Parra', 'Brigada Elmo Catalán', 'Frente de Trabajadores Revolucionarios' (FTR) y 'Movimiento Obrero Campesino' (MOC), todos los cuales eran reconocidamente marxistas, y a la capacidad de éstos de realizar acciones de ataque a las Fuerzas Armadas. En consecuencia, se encuentra claramente establecida en el proceso la existencia del 'enemigo interno' señalado, a partir de la elaboración de los planes ya citados, es decir, desde antes del acto eleccionario de mil novecientos setenta, situación que se mantuvo en los años siguientes...".

"Por lo tanto, se concluye que en nuestro país existiría guerra con anterioridad al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, fecha a partir de la cual esta guerra sólo se manifestó claramente. Sin embargo, considerando que todos los acreditados pueden cometerse tanto en tiempo de guerra como de paz, resulta innecesario determinar en qué momento exacto se inició la guerra en Chile" (Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad: "Jurisprudencia: Delitos contra la Seguridad del Estado. Consejos de Guerra", tomo II, volumen 2, año mil novecientos noventa y uno, páginas 17 a 19).

Por su parte, el Consejo de Guerra de Temuco, el dieciséis de octubre de mil novecientos setenta y tres (N° 1449 – 73) concluyó que "... es indudable que Chile estaba en guerra civil desde hace un tiempo y específicamente desde el mes de marzo pasado, con acciones de fuerza por parte de ambos bandos, que alcanzaron su máxima expresión en agosto y septiembre, últimos hechos que están previstos –para tal calificación– por el artículo 418 del Código de Justicia Militar" (Colegio de Abogados de Chile: "La Justicia Militar en Chile". Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos noventa y nueve, páginas 65 y 66).

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, por lo demás, las autoridades de la época reafirmaron tal concepción, cuando una y otra vez denunciaron la existencia de una guerra Interna, así por ejemplo, en discurso pronunciado por el Presidente de la Junta de Gobierno General de Ejército Augusto Pinochet Ugarte, al cumplirse un mes de la constitución de ésta ("Antecedentes Históricos – Jurídicos: años 1972 – 1973", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año mil novecientos ochenta,

página 194). Lo que es refrendado en el documento oficial emitido por el Ejército de Chile en respuesta a la entrega del informe emanado de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, el que en su sección 2.g) expresa: “sólo por eso, la guerra civil revolucionaria pudo conjurarse en fase larvada, sin que ella estallara en todas sus dimensiones. Pero persistió la guerra subversiva. Hoy, para algunos observadores ligeros y desinformados de la realidad, aparece como que las Fuerzas Armadas y Carabineros actuaron contra un enemigo interno que, en la perspectiva del tiempo, juzgan como indefenso”. “Afirmar que el país fue controlado en pocos días no se ajusta a la verdad, puesto que, para conjurar definitivamente el estado de guerra, fue menester una larga tarea de neutralización de la posible capacidad de reacción de los grupos paramilitares extremistas, cuyo grado de preparación bélica, de organización política y de poder armado no era dable medir con exactitud, mientras esos grupos no fueran militarmente anulados”. “Pero el Informe desconoció la situación de guerra subversiva que existió en el período escogido para analizar las llamadas violaciones a los derechos humanos”.

En definitiva, razona que en cuanto a la “Legalidad el estado de guerra”, “la Institución estima imprescindible que se tenga en cuenta la vigencia del estado de guerra, declarado según el decreto ley N° 5, no sólo por haber definido profesional y competentemente su presencia a partir del 11 de septiembre de 1973, sino que amparado en que los tribunales ordinarios no cuestionaron la constitucionalidad del mencionado instrumento legal, según lo señala el propio Informe”.

Por su parte, la Armada de Chile en su respectiva réplica al indicado Informe, de veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y uno, asegura en su acápite C “Estado de guerra interna y tribunales en tiempo de guerra” que la promulgación del Decreto Ley N° 5 se hizo indispensable desde que: “la acción de los grupos subversivos y terroristas organizados en cuadros paramilitares y dotados de armamentos y explosivos, gran cantidad de los cuales eran de origen extranjero, continuaban su acción sediciosa y antinacional en todo el país, especial gravedad tenía el hecho público y notorio, que la subversión contaba en su lucha revolucionaria con el debido apoyo de potencias extranjeras, lo que le daba, además, las características de un ataque foráneo a la integridad de nuestra patria y de sus instituciones fundamentales”. Para luego señalar que “la guerra en general, de acuerdo con las definiciones usuales, es la desavenencia y rompimiento de la paz entre dos o más naciones; es la lucha armada entre dos o más Estados o entre bandos de una misma nación. Cuando grupos paramilitares organizados, aplican la violencia armada como instrumento de acción política para alcanzar el poder, se configura una situación de guerra interna, de naturaleza irregular. El caso de Chile, en los años que siguieron al pronunciamiento del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, constituyó un ejemplo típico de un estado de guerra interna, en el que la Junta de Gobierno estaba permanentemente enfrentada a la enconada acción revolucionaria de grupos violentistas organizados, cuyo objetivo final era el de derrocar el régimen, implantar un sistema totalitario, destruir la libertad y la soberanía de nuestra patria y los grandes valores espirituales e históricos que identifican nuestra nacionalidad”. Concluyendo que “En consecuencia, en Chile existió un estado de guerra efectiva, con bases legales, doctrinarias y prácticas que así lo acreditan”.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que estos conceptos no hacen más que trasuntar la legislación de su época, toda vez que el artículo 418 del Código de Justicia Militar “entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial” y así los referidos Decretos Leyes N°s. 3 y 5 no hicieron otra cosa que acatar la primera de tales hipótesis: su constatación oficial, lo que reafirma el aludido Decreto Ley N° 641, cuando declaró el Estado de Sitio en grado de defensa interna, régimen de emergencia que sólo pudo decretarse “en caso de conmoción interna provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad”, único supuesto que para este caso admite el artículo 6°, letra b), del Decreto Ley N° 640.

Se trata nada menos que del reconocimiento legislativo que del estado de guerra interior realiza el propio gobierno de hecho.

Además, el Decreto Ley N° 5 interpretó el estado o tiempo de guerra para la aplicación de la penalidad de ese tiempo y demás leyes penales, pero asimismo dispuso que, en general, lo era “para todos los efectos de dicha legislación”, o sea, el Código de Justicia Militar y las leyes penales, de manera que resulta inconcuso que dentro de los efectos de estas últimas deben comprenderse los Convenios de Ginebra, ratificados por Chile en mil novecientos cincuenta y uno, por lo que eran leyes vigentes al perpetrarse el injusto materia del actual sumario.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que para los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo N° 752, de cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta, publicados en el Diario Oficial de diecisiete, dieciocho, diecinueve y veinte de abril del año siguiente, los que se aplican, en general, a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas (artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se emplean en caso de "conflicto armado sin carácter de internacional", conforme a lo prevenido en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Para clarificar el ámbito de aplicación del artículo 3° común, conviene tener presente lo expresado por Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su comentario del Protocolo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), de ocho de junio de mil novecientos setenta y siete, y del artículo 3° de estos Convenios (Circ-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), quien reconoce que las partes que negociaron los mencionados acuerdos multilaterales, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de "conflicto armado no internacional" ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones –sin carácter obligatorio y citados a título meramente indicativo-, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté

obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

Para luego puntualizar con la mayor claridad que “por útiles que sean, pues, las diversas condiciones antes enunciadas, no son indispensables, ya que ningún Gobierno puede sentirse molesto por respetar, en la confrontación con sus adversarios internos y sea cual fuere la denominación del conflicto que lo opone a ellos, un mínimo de normas que respeta de hecho todos los días, en virtud de sus propias leyes, e incluso en el trato de vulgares criminales de derecho común”.

Corroborar lo anterior que el objetivo de los Convenios es exclusivamente humanitario y que sólo garantiza el respeto mínimo de normas que los pueblos civilizados consideran como válidas en todas partes y circunstancias, por estar por encima y fuera incluso de confrontaciones bélicas, y cuya observancia no está subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o de las disposiciones particulares que han de respetarse.

Lo contrario sería pretender que en casos de disturbios internos que el gobierno de turno calificara, con justo motivo, de simples actos de bandidaje y dado que el artículo 3° en examen no es aplicable, aquel tiene derecho a dejar a los heridos sin asistencia, a infligir torturas o mutilaciones o a realizar ejecuciones sumarias.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, por otra parte, no es dable que los mismos que se asilaron en las ventajas que les concedía la referida declaración de estado de guerra, establecido por el único instrumento legislativo disponible luego de haberse producido el quebrantamiento de la institucionalidad constitucional vigente hasta entonces, pretendan ahora desconocer su valor para ignorar las sanciones que a las transgresiones de las leyes de tal estado y los cotos que a la autoexoneración respecto de ellas imponen los Convenios de Ginebra y los otros instrumentos internacionales ya entonces en vigor sobre la materia. Si valiéndose de la superioridad de la fuerza se consagró un estado de guerra para facilitar la lucha contra los que se oponían al gobierno militar, hay que estarse también a las consecuencias que se siguen de haber vulnerado la normativa que regulan los conflictos bélicos en relación con el tratamiento de los combatientes, a los que ya no se podía considerar como delincuentes comunes y, mucho menos, hacer víctima de represiones brutales como aquella de que dan cuenta los antecedentes de este proceso.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que, sin perjuicio de ello, cabe recordar que por los nombrados Decretos Leyes que declararon al país en estado de sitio y que hacen aplicable la legislación castrense durante la vigencia de esta situación de emergencia, siendo competentes los tribunales militares en tiempos de guerra. Jurisdicción reductora de derechos procesales trascendentales para el encausado, que por ello mismo sólo se justifica en caso de guerra, siendo limitada en cuanto al espacio y al tiempo y donde un General en Jefe del Ejército o de la Armada, es la máxima autoridad, a quien el legislador le ha conferido atribuciones excepcionales tanto en el orden administrativo como en el disciplinario, legislativo y jurisdiccional, que sólo una situación de extrema gravedad para el Estado mismo puede justificar. Dichas potestades son “tales que en tiempo de paz no tienen ni los más altas autoridades políticas o administrativas” (Renato Astrosa Herrera: “Código de Justicia Militar Comentado”, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, año mil novecientos ochenta y cinco, página 131).

La señalada situación de desprotección a las seguridades mínimas procesales al aplicar procedimientos sumarísimos, provistos de escasas garantías para imputados de graves delitos, así como la penas de tiempo de guerra, hacen que los Convenios de Ginebra deban aplicarse necesariamente como debido contrapeso a esta jurisdicción extralimitada.

TRIGÉSIMO NONO: Que, en tales condiciones este tribunal sólo puede colegir que en la época en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a este pleito, el territorio nacional se encontraba en la realidad y jurídicamente en estado de guerra interna. Razón suficiente para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3 común para los Convenios de Ginebra, pues sus disposiciones no son sino la afirmación, cada vez renovada, de que las víctimas de conflictos armados son antes que todo seres humanos y ni siquiera la guerra, puede privarlos del mínimo que el respeto por el individuo exige. Por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables los responsables de determinados ilícitos, no es dable admitir que el poder pueda ejercerse sin restricción alguna o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. En definitiva, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

CUADRAGÉSIMO: Que, por consiguiente, resultan plenamente aplicables al secuestro cometido en las personas de Ricardo Troncoso Muñoz, Hernán González Inostroza, María González Inostroza y Elsa Leuthner Muñoz, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, antes aludidos, que en su artículo 3° común a todos ellos, obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto sus armas y aquellos que han quedado fuera de combate por enfermedad, herido, detención o por cualquiera otra causa, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar: “a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en toda sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo

juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”.

Asimismo, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las contravenciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlos comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a los previstos en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra, de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber, entre ellos, el homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones, traslados ilegales y la detención ilegítima.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que, por lo tanto, el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renunciando a la facultad para exonerarse a sí mismos o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos, teniendo particularmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Que la mentada prohibición de autoexoneración no dice relación sólo con las consecuencias civiles de las transgresiones verificadas, sino también, y de manera primordial, a las sanciones penales contempladas para ellos, pues es claro que, respecto de hechos de esta clase, cobra una importancia fundamental la función de prevención general de las reacciones punitivas, la cual exige que las amenazas contenidas en las normas correspondientes se hagan efectivas en cualquier momento en que la persecución de los responsables se haga posible y aunque la de prevención especial parezca ya satisfecha porque el transcurso del tiempo haya convertido a los infractores en ciudadanos inofensivos. La sociedad, en efecto, no toleraría que violaciones de tal magnitud queden definitivamente impunes, con el pretexto de que el castigo ya no puede resocializar al que no está más en condiciones de reincidir pues, no obstante ello, sí puede actuar reforzando para el futuro en los ciudadanos el respeto por los valores elementales sobre los que descansa la posibilidad de una convivencia pacífica (prevención general positiva) y disuadiendo a quienes se sientan inclinados a incurrir en hechos semejantes (prevención general negativa). Más aún cuando, “frente a la negación que el delito representa de los valores consagrados por una comunidad y a cuya preservación considera ésta ligadas su razón de ser y su organización y acción política y jurídica, el Derecho Penal los reafirma mediante la reprobación y el reproche de los actos que los niegan, expresando y concretando tal reafirmación en su punición, es decir, denotando de manera simbólica con ella la permanencia, en la sociedad, de sus aspiraciones

valorativas y sus ideales de vida” (Manuel de Rivacoba y Rivacoba: “La Retribución Penal”, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, Chile, año mil novecientos noventa y cinco, página 63).

Seguramente los Convenios de Ginebra así lo tenían presente cuando establecieron la prohibición examinada.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Que, en este mismo orden de ideas, es menester consignar lo errado de la tesis que afirma que los Convenios de Ginebra posibilitan la dictación de amnistías al establecer en el Protocolo II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, artículo 6°, N° 5°, que una vez terminadas las hostilidades “las autoridades en el poder procurarán conceder las amnistías más amplias posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”; cabe indicar lo erróneo de tal conclusión, por cuanto para comprender el sentido de esta disposición es necesario tener en cuenta cuál es su finalidad en un convenio de derecho humanitario destinado a ser aplicado en los conflictos internos, desde que ese tipo de normas no se encuentra en los tratados humanitarios relacionados con conflictos internacionales.

En tal sentido, si se estudia atentamente el Protocolo I, sobre guerras internacionales, no se encuentra una disposición relativa a la concesión de amnistías e indultos, entre las partes enfrentadas una vez concluidas las hostilidades. Además, el precepto del Protocolo I que consagra las garantías procesales, a saber, el artículo 75, tiene una redacción casi idéntica al artículo 6° del Protocolo II, pero excluye cualquier referencia a amnistías.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Que la señalada omisión ostenta una clara justificación, puesto que en el caso de confrontaciones internacionales, los combatientes capturados por el enemigo gozan automáticamente y de pleno derecho del estatuto de prisioneros de guerra, tal y como lo señala el artículo 44 del Protocolo I y 4° del Convenio de Ginebra III, relativo al trato debido a éstos.

De suerte que si el prisionero de guerra no ha violentado el derecho humanitario, una vez finalizadas las hostilidades, deberá ser liberado y repatriado sin demora (artículo 118, Convención de Ginebra III). Y, si por el contrario lo ha conculcado, debe ser sancionado como criminal de guerra, si se trata de inobservancias graves u otras sanciones por los demás incumplimientos que haya cometido, pero no podrá, en ningún caso, ser penado por haber sido combatiente. Por lo que no es necesario que los Estados, una vez concluida una confrontación internacional, se concedan amnistías recíprocas, pues los prisioneros de guerra deben ser automáticamente liberados.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Que, en cambio, en los conflictos internos los alzados en armas contra del gobierno legítimo, están sujetos a las sanciones penales impuestas por el Estado respectivo, dado que jurídicamente no tienen derecho a combatir, ni a empuñar las armas. Si lo hacen, entonces están perpetrando, por ese solo hecho, delitos como la rebelión o la sedición. Los cuales son castigados por el orden jurídico estatal ya que la aplicación del derecho internacional humanitario en un conflicto interno no implica reconocimiento de beligerancia, ni modifica el estatuto jurídico de las partes en conflicto –desde que el gobierno respectivo no está compelido a reconocer a sus oponentes el carácter de prisionero de guerra-, ni suspende la vigencia del derecho penal estatal. No

existe, en ese aspecto, el “privilegio del combatiente”, característico de los conflictos armados de carácter internacional y es, precisamente por esto que el Protocolo II extiende, en el inciso segundo del artículo 2º, la protección humanitaria a aquellas personas que sigan privadas de la libertad por motivos relacionados con el conflicto interior.

En tales circunstancias, se entiende el sentido de una regla encaminada a procurar que la autoridad en el poder conceda una amnistía lo más amplia posible, por motivos relacionados con el conflicto, una vez concluido el mismo, ya que de esa manera se desprende claramente del texto y contexto de la disposición, esto es, que la amnistía se dirige a favorecer a los vencidos en el conflicto y que están en manos de quienes controlan el poder estatal, facilitando el reestablecimiento de la paz social.

Entonces se colige que no puede ser utilizada la amnistía en casos de delitos de guerra ejecutados al amparo del ejercicio de un poder incontrolado por agentes oficiales u oficiosos del Estado, los que se encuentran severamente reprimidos en el ordenamiento jurídico nacional o internacional al momento de cometerse, utilizando la ley nacional como instrumento de incumplimiento y violación de tratados internacionales vigentes y de principios generales de derecho de las naciones civilizadas, lo que impide usarla a la luz de la obligación de aplicar preferentemente los acuerdos y los cánones constitucionales de derechos humanos sobre las normas de jerarquía legal en el ejercicio del poder que contradicen la obligación de respeto y promoción de los atributos esenciales, ya incorporados al ordenamiento jurídico nacional al momento de conocer y juzgar los hechos por sus órganos jurisdiccionales. Ello debido que, al primar los derechos contenidos en los tratados respecto de la ley de amnistía, esta última pierde aplicabilidad, por la mayor fuerza y resistencia de los Convenios de Ginebra que son de preferente de aplicación. De igual forma el Comité Internacional de la Cruz Roja ha expresado que no puede interpretarse en el sentido de apoyar amnistías “que vulneran el derecho humanitario, sino que ellas deben posibilitar al término del conflicto la liberación de quienes fueron detenidos o sancionados por el simple hecho de haber participado en ellas, no para aquéllos que han vulnerado el derecho internacional humanitario” (Informe N° 1/99, Lucio Parada Cea y otros, El Salvador, veintisiete de enero de mil novecientos noventa y nueve, párrafos 114 y 115).

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Que los convenios constituyen un sistema en que sus disposiciones no pueden ser interpretadas aisladamente, ya que todas ellas se encuentran relacionadas, formando un cuerpo orgánico integrado, que se rige por principios y directrices entrelazadas unas con otras, pero que no obstante su complejidad sólo entregan los aspectos fundamentales o básicos de la protección humanitaria, circunstancia que impone el deber de ampliar el círculo hermenéutico con un prisma sistemático y armónico, de modo que las obligaciones cuya realización y cumplimiento precisan no resulten ilusorias. Valiéndose, por lo pronto, del denominado principio pro homine, según el cual “se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensa, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más acotada cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de los derechos” (Mónica Pinto: “El principio Pro Homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos”, en Martín

Abregú: "La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales", Editorial Del Puerto, Buenos Aires, año mil novecientos noventa y siete, página 163). Lo contrario daría origen al decaimiento de sus prescripciones.

Pues bien, siguiendo el raciocinio objetado, las normas de derecho internacional humanitario no podrían aplicarse nunca, si se reconociere la atribución del Estado Parte de borrar, a través de la amnistía y utilizando el derecho humanitario internacional, los crímenes de guerra sistemáticamente concretados por agentes del mismo Estado Parte.

A su turno, el preámbulo del Protocolo bajo revisión, incluye lo que la doctrina internacional ha conocido como la "cláusula Martens", o sea, el axioma según el cual "en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública". Este apotegma indica que el Protocolo II no debe ser interpretado de manera aislada sino que debe ser constantemente relacionado con el conjunto de dogmas humanitarios, dado que este tratado es simplemente un desarrollo y una concreción de tales principios a los conflictos armados no internacionales.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Que, desde luego, en virtud del ejercicio de su soberanía, nuestra Nación puede amnistiar las infracciones penales que se realicen y que estén sometidas a su potestad. Empero si ha limitado su propio poder respecto de ciertos injustos en un compromiso internacional, como en el evento en examen, no puede soberanamente sobrepasar dicho límite autoimpuesto y contrariar así el orden nacional y universal ni menos burlar los tantas veces mencionados Convenios, suscritos y ratificados por Chile, incumpliendo las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos, pues no es justificable que vinculado mediante ellos, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria.

Efectivamente, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no puede esgrimirse el ordenamiento interno para dejar de cumplir las obligaciones internacionales. Disposición que tuvo un especial reconocimiento por parte de Chile en la Conferencia respectiva. Su representante, señor Barros, expresó: "Nada hay que oponer a que un Estado puede invocar su Constitución para negarse a suscribir un tratado, pero cuando un Estado se obliga mediante un tratado, no es justificable que trate después de eludir su cumplimiento invocando su Constitución, ni aún menos su legislación nacional ordinaria" (Díaz Albónico: "La Convención de Viena", en "Estudios", Sociedad Chilena de Derechos Humanos, año mil novecientos ochenta y dos, página 147, citado por Rosa Soto González: "La ley de amnistía y su revisión de constitucionalidad vía recurso de inaplicabilidad", en "Estado de Derecho y Reformas a la Justicia", Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, año dos mil cinco, páginas 421 y 422). A lo que debemos agregar que el Derecho Internacional, en cuanto contiene normas para cuya aplicación no es necesaria una implementación adicional, como sucede con los citados artículos 131 y 148 de los Convenios de Ginebra III y IV, respectivamente, vigentes en Chile a la época de los sucesos pesquisados y, por ende, no podrían ser desconocidos por la República sin previa denuncia de los Convenios, es directamente aplicable por los tribunales nacionales, según desde antiguo ha declarado el propio Andrés Bello:

“la legislación de un Estado no puede alterar el derecho de gentes, de maneras que las alteraciones obligan a los súbditos de otro Estado, y las reglas establecidas por la razón o por consentimiento mutuo, son las únicas que sirven, no sólo para el ajuste de las diferencias entre soberanos, sino también para la administración de justicia de cada Estado en todas aquellas materias que no están sujetas a la legislación doméstica” (Andrés Bello: “Principios de Derecho Internacional”, Garnier Hermanos, segunda edición, Paris, año mil ochocientos cuarenta y cuatro, página 19).

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: Que en esta perspectiva, la llamada ley de amnistía –dictada por la autoridad de facto que había asumido el “Mando Supremo de la Nación” arrogándose los poderes Ejecutivo, Legislativo y Constituyente– puede ser claramente incardinada como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, pues se dictó con posterioridad a ellos, por quienes detentaban el poder durante y después de los hechos, garantizando de esta manera, la impunidad de sus responsables. Conculcando así el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra (Carlos Margotta: “La amnistía”, en “Como hacer justicia en democracia”, Segundo Encuentro Internacional de Magistrados y Juristas, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, año mil novecientos ochenta y nueve, página 148; Eugenio Velasco: “Los Derechos Humanos y su protección después del restablecimiento de la democracia”, en Materiales para discusión N° 206, Centro de Estudios para el Desarrollo, marzo de mil novecientos noventa y ocho, página 17; y Jorge Precht Pizarro: “Vigencia de la ley de Amnistía”, en Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año 1, N° 1, Santiago, año dos mil tres, página 258).

Al respecto, ya en mil novecientos veinticinco la Corte Internacional de la Haya había resuelto que “nadie puede ser juez de sus propios actos” y, conforme a este principio, “el artículo 15 de la LCC 10 (Ley del Consejo de Control de los Aliados) dispuso que no podrá alegarse como defensa en los juicios contra los nacionalsocialistas las amnistías y cualquier excepción de punibilidad otorgados por el régimen Nazi, fuente que en realidad, hacen evidente que el derecho internacional no reconoce en principio las autoamnistías decretadas por los ex –gobernantes o dictadores” (Kai Ambos: “Impunidad y Derecho Penal Internacional”, segunda edición, Buenos Aires, año mil novecientos noventa y nueve, página 130).

CUADRAGÉSIMO NONO: Que, por consiguiente, el Decreto Ley N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho, debe ser interpretado en un sentido conforme con los Convenios de Ginebra, por lo que es inexequible respecto a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y cometidos en nuestro país durante su vigencia.

QUINCUAGÉSIMO: Que, sin perjuicio de lo anterior, aún en el evento que se determinara la procedencia del mentado Decreto Ley en casos como el de marras no es posible valerse de él, toda vez que el hecho fijado irrevocablemente para estos sentenciadores, como se ha señalado en la reflexión décima séptima de la presente resolución, sólo puede enmarcarse en la figura del artículo 141 del Código Penal, tal como lo explicita la sentencia de primer grado en su motivación undécima porque se dan estrictamente los requisitos de : a) detener, b) privar a otro de libertad, c) sin derecho y d) prolongarse por más de noventa días tal

situación, sin que obre ningún antecedente que permita insertar tales sucesos en alguna otra figura penal, especialmente la del secuestro con resultado de muerte, por cuanto no consta en autos su defunción como aconteció con otras personas detenidas en similares circunstancias y que sus cuerpos fueron hallados; ello no ocurre en el caso sub lite y es fundamento de todo juicio penal la acreditación de la existencia del hecho punible y su comprobación por los medios que admite la ley, el primer objeto del mismo; por lo que no es posible concluir la muerte del ofendido. Teniendo presente que en estos autos se estableció el hecho del secuestro y que éste se prolongó por más de noventa días y aún no se tienen noticias ciertas del paradero de Ricardo Troncoso Muñoz, Hernán González Inostroza, María González Inostroza y Elsa Leuthner Muñoz, ello es suficiente antecedente para calificar el secuestro investigado en este proceso, que es un delito permanente, por cuanto la acción que lo consuma creó un estado delictuoso que se prolongó en el tiempo subsistiendo la lesión del bien jurídico afectado; en él han persistido la acción y el resultado.

QUINCUGÉSIMO PRIMERO: Que, se ha argumentado igualmente que el delito cometido por los encartados no puede ser el de secuestro, pues nadie cree que aún se encuentran privados de libertad, lo que parece inverosímil transcurridos más de treinta años.

Sin embargo, en este proceso ha quedado absolutamente acreditado que los ofendidos fueron privados ilegítimamente de su libertad el quince de agosto de mil novecientos setenta y cuatro, data en que se consumó a su respecto el delito de secuestro por el cual se ha sustanciado este proceso. Lo que el tribunal no ha podido establecer, a pesar de las averiguaciones enderezadas en ese sentido, es si tal ilícito cesó de cometerse –es decir, si las víctimas murieron o recuperaron su libertad- en algún momento posterior. De allí que no puede hacer otra cosa que entender que tal hecho criminal continúa en curso de consumación, sin que le fuera viable fijar una época en la cual tal fase se detiene. En otras palabras, sencillamente la indagación ha podido demostrar la iniciación del secuestro, pero no ha sido posible comprobar su finalización. En ello, por otro lado, no hay inversión alguna de la carga de la prueba –argumento esgrimido por las defensas de los enjuiciados- concepto que, por lo demás, es ajeno al sistema procesal criminal de corte inquisitivo, pues aquel “imperativo impuesto a quien afirma un hecho, en el cual se basa su pretensión, debe acreditar su existencia, so pena que, si no lo hace cargará con las consecuencias de su inactividad” (José Cafferata Nores: “La prueba en el proceso penal”, Editorial Depalma, primera edición, Buenos Aires, año mil novecientos ochenta y seis, página 31), descansa sobre el tribunal, quien tiene el deber de investigar, pudiendo examinar y corregir el objeto de la prueba e introducir de oficio en la litis hechos y circunstancias necesarias para encaminar sobre ellas la prueba. El tribunal, como se dijo, indagó, aunque sin éxito, lo relativo al cese de la privación de libertad que estima comprobada, lo que se tradujo en averiguar sobre la eventual obtención de libertad o la muerte de los afectados, sin que ninguno de ambos extremos resultara establecido.

Con todo, no hay que olvidar el “interés de la prueba” al que Florián denominó carga natural o material de la prueba “que no impuesta por la ley surge de la naturaleza de las cosas, de la experiencia y de los mandatos de la sicología judicial. La impulsa y le da contenido el interés de cada una de las partes, interés

práctico que un sujeto tiene en presentar la prueba que le sirve de apoyo” (Eugenio Florián: “De las pruebas penales”, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, segunda edición, año mil novecientos setenta y seis, página 143).

QUINCUGÉSIMO SEGUNDO: Que en estas condiciones, si bien el Decreto Ley en comento ha señalado expresamente que se encuentran amnistiados los hechos cometidos entre el once de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, el delito de autos comenzó a perpetrarse el quince de agosto de mil novecientos setenta y cuatro y desde entonces no se tuvieron más noticias de las víctimas, existiendo certeza de que al diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, época de la expiración del plazo contemplado en el artículo 1° del D. L. 2191, los ofendidos no habían aparecido y no se tenían informes de ellos, ni del lugar donde se encontrarían sus restos, en el evento de haberse producido sus muertes, sea ésta provocada por los secuestradores o por otros sujetos, lo que torna inaplicable la amnistía alegada, ya que el secuestro continuaba perpetrándose una vez que expiró el periodo de tiempo cubierto por esta causal de extinción de responsabilidad criminal.

De tal manera, a pesar que la generalidad de la doctrina se ha mostrado acorde en que los alcances de la amnistía son mayores a los que del propio texto legal emanan, llegando inclusive a señalarse que “esta hace nula la aplicación de las leyes, echando el velo de eterno olvido sobre ciertos delitos que atacan al orden, la seguridad y las instituciones fundamentales del Estado” (Rafael Fontecilla R.: “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos setenta y ocho, N° 675, página 133), no es posible, al parecer de esta Corte, aplicar dicha institución cuando no se han fijado los presupuestos mínimos al no haberse determinado la fecha en la cual concluyó el injusto en estudio. Así, no parece razonable que se invoque la aplicación de la “amnis” u “olvido” cuando en la práctica el delito no ha finalizado en sus efectos.

QUINCUGÉSIMO TERCERO: Que desde otro punto de vista y atendida la naturaleza de los sucesos investigados, es procedente concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar crímenes contra la humanidad.

Efectivamente, el presente ilícito fue efectuado en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo la víctima un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas integrado por políticos, trabajadores, estudiantes, profesionales, adolescentes, menores y todo aquel que, en la época inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, se les sindicó la calidad de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los detentadores del poder. Garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atinentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y

respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno autoritario. Así, personas que se sirven de medios e instrumentos estatales para perpetrar tan graves crímenes contra los derechos y libertades fundamentales del individuo, se envuelven en un manto de impunidad tejido con recursos propios del Estado.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO: Que se denominan crímenes de lesa humanidad aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, que se manifiesta, como caso extremo, cuando se mira al individuo como una cosa. De suerte tal que para la configuración de este ilícito existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel y bestial con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se contrarían de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad; destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente.

En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO: Que el desarrollo de la noción de crimen de lesa humanidad comienza en el preámbulo de la Convención de La Haya, relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, de mil novecientos siete, donde las potencias contratantes manifestaron que hasta la creación de un completo código de leyes de la guerra, las altas partes consideran conveniente declarar que en casos no incluidos en las regulaciones adoptadas en ella, “las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la protección y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”. El mismo año se extiende la regulación a la guerra marítima y por el protocolo de Ginebra de mil novecientos veinticinco se prohíbe el empleo de gases tóxicos y bacteriológicos. Todas reglamentaciones que derivan de “la necesidad de establecer nuevos principios que deberían regir a la comunidad internacional para evitar las guerras, defender a personas inocentes de las actuaciones criminales, que amparados en legislaciones nacionales cometieran estos crímenes contra la humanidad” (Fernando Gamboa Serazzi: “Tratado de Derecho Internacional Público”, Editorial Lexis Nexis Chile, Santiago de Chile, año dos mil dos, página 361).

Por lo demás, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para la Persecución de los Mayores Criminales de Guerra para el Teatro Europeo según la Carta de Londres de ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, denominado “Acuerdo de Londres”, definía en su artículo 6 c) como crímenes de lesa humanidad “los asesinatos, exterminaciones, sometimiento a esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o

religiosos, en ejecución o conexión con cualquier crimen de jurisdicción del tribunal sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados. Los jefes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer alguno de los antedichos delitos son responsables por todos los actos realizados por cualquier persona en ejecución de dicho plan”. Declaración confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas de trece de febrero y once de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis. Iniciándose la aceptación progresiva y constante por parte del conjunto de las naciones que integran la comunidad internacional de la existencia de los referidos hechos punibles y de la responsabilidad que les cabe a los sujetos por su comisión.

Poco después, el veinte de diciembre del mismo año, la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado también consagró al asesinato como un crimen de lesa humanidad en su artículo II, letra c), y de forma similar, fue codificado en el artículo 5, letra c, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los principales criminales de guerra del Lejano Oriente (Estatuto de Tokio), adoptado el diecinueve de enero de mil novecientos cuarenta y seis.

QUINCUAGÉSIMO SEXTO: Que, además, bajo el amparo de la Carta de las Naciones Unidas, nuestro país se ha obligado por tratados internacionales, los cuales ha suscrito en la modalidad de declaraciones o resoluciones todos los que reprueban, rechazan y acuerdan reprimir los crímenes contra la paz, de guerra y de lesa humanidad, definidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco; tomando por base las infracciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve para la protección de los crímenes de guerra, confirmó “los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y de las sentencias de dicho Tribunal” (Resolución 95 (I), Quincuagésima Quinta reunión plenaria).

Igualmente, la Asamblea General a través de su órgano subsidiario denominado Comisión de Derecho Internacional, conformado con la concurrencia de nuestro país, el veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, y a la que le correspondería la enunciación de principios y la proposición de normas en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, formuló los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, dogmas que fueron adoptados en mil novecientos cincuenta (A/CN. 4/34), y entre los cuales se encuentra la persecución y castigo de los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, señalando, específicamente en el numeral sexto de aquellas máximas, que son punibles como crímenes ante el derecho internacional: “a) Crímenes contra la paz: i) planear, preparar, iniciar o desencadenar una guerra de agresión o una guerra en violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales; ii) participación en un plan común o conspiración para la ejecución de cualquiera de los actos mencionados en i); b) Crímenes de guerra: Violaciones de las leyes o usos de la guerra, que incluyen, pero no están limitadas a ello, el asesinato, el maltrato o la deportación para realizar trabajos en condiciones de esclavitud, o con cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que en ellos se encontrasen, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas en el mar, la

matanza de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificada de ciudades, villas y aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares; c) Crímenes contra la humanidad: El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas, cuando tales actos son realizados o tales persecuciones se llevan a cabo en ejecución o en conexión con cualquier crimen contra la paz o cualquier crimen de guerra”.

Pasando a ser el mencionado documento la expresión del Derecho Internacional existente al momento de su creación; y en esa extensión es en sí mismo una contribución al aludido ordenamiento. Con ello se reconoció la existencia de una costumbre internacional, como una expresión de dicho estatuto, que proscribía tales crímenes (Hugo Llanos Mansilla: “Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, mil novecientos setenta y siete, página 35).

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO: Que entre las características que distinguen este tipo de transgresiones se destacan la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos esenciales tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO: Que la indicada consagración del derecho de gentes y su aceptación permite considerar que existía a la época del hecho criminoso de autos, un sistema de protección de derechos obligatorio para el Estado de Chile, independientemente del consentimiento expreso de las naciones vinculadas y que se conoce como reglas imperativas de derecho internacional o “ius cogens”. Tales patrones se imponen a los Estados y prohíben los crímenes de lesa humanidad, incluso durante el desarrollo de conflictos de carácter internacional o internos. Este derecho perentorio internacional implica el rechazo “in limine” por las naciones civilizadas de injustos que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes contra la humanidad.

Dichas disposiciones conforman el derecho internacional preceptivo el cual junto con el derecho internacional convencional, forman parte integrante del derecho chileno (José Luis Cea Egaña: “Los tratados de Derechos Humanos y la Constitución Política de la República”, en Revista *Ius et Praxis*, año 2, N° 2°, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año mil novecientos noventa y siete, página 84).

QUINCUAGÉSIMO NONO: Que esta normativa deriva de conceptos jurídicos antiguos de un orden superior que las leyes del hombre y de las naciones no pueden contravenir habiendo sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, para proteger la moral pública en ellas contenidas. Su principal característica distintiva es su relativa indelebilidad, ya que son reglas de derecho consuetudinario internacional que no pueden soslayarse por tratados o voluntad, sino por la formación de una posterior disposición consuetudinaria de efecto contrario. La contravención de estos preceptos afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obliga, a diferencia del derecho

consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia.

El referido carácter obligatorio de los cánones de *ius cogens* concluyó con su transformación en derecho convencional por obra de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de mil novecientos sesenta y nueve, ratificada por Chile el nueve de mayo de mil novecientos ochenta y uno, la que dispone en su artículo 53 que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Es así como la doctrina las ha conceptualizado como aquellos dogmas o principios estructurales del orden internacional reflejo de valores fundamentales generalmente aceptados por la comunidad internacional que, en virtud de su carácter dominante, obligan a todos los Estados con independencia de su voluntad (Antonio Cassese: “Los derechos humanos en el mundo contemporáneo”, Ariel, Barcelona, primera reimpresión, año mil novecientos noventa y tres, página 241).

Las reglas *ius cogens* no son exclusivamente meros criterios directivos, ni juicios de valor simplemente, ni escuetos dictados de la razón, son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta. Existen con independencia de su formulación y cuando las leyes las recogen, o sea, las expresan en su fórmula, no quiere decir que se esté mudando su naturaleza verdaderamente jurídica, la cual, en definitiva, es independiente y autónoma de su consagración a nivel positivo.

Por lo tanto, las máximas de *ius cogens* son disposiciones a partir de las cuales surgen obligaciones erga omnes, las que no pueden ser dejadas sin efecto o modificadas por un acuerdo entre Estados sino únicamente por una norma posterior que, al mismo tiempo, ostente el carácter de imperiosa.

SEXAGÉSIMO: Que si bien es cierto que una de las más severas críticas que se plantean en contra de la noción de *ius cogens* es la vaguedad e indefinición de aquellas que la componen, no lo es menos que existen un conjunto de preceptos cuya determinación como tal no presenta discusión llamado “núcleo duro de normas de *ius cogens* de derechos humanos”, inderogables bajo cualquier circunstancia o excepción que generan obligaciones erga omnes (Carlos Villán Durán: “Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Editorial Trotta, Madrid, año dos mil dos, página 102), dentro del cual encontramos disposiciones tales como la prohibición de la agresión o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la prohibición del genocidio y las desapariciones forzadas, la esclavitud, la discriminación racial y de las ejecuciones sumarias o extralegales; así como la prohibición de la tortura. No parece que nadie –incluso sin ser letrado- podrá dudar que los principios enunciados no derivan su carácter propiamente jurídico de la circunstancia meramente accidental de haber sido expresados en una determinada ley positiva.

Precisamente, ya en mil novecientos setenta y uno Roberto Ago consideraba que las reglas de *ius cogens* incluían “las normas fundamentales relativas a la salvaguardia de la paz, y particularmente las que prohíben el recurso

a la fuerza o la amenaza de fuerza; las normas fundamentales de carácter humanitario: prohibición del genocidio, la esclavitud y la discriminación racial, protección de los derechos fundamentales de la persona humana en tiempo de paz y de guerra” (citado por Vicente Chetail: “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al Derecho Internacional Humanitario”, en Revista Internacional de la Cruz Roja, número 805, año dos mil tres, páginas 235 a 269).

SEXAGÉSIMO PRIMERO: Que, de este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos que se investigan en la presente causa y tal como fueron presentados en el basamento undécimo del dictamen a quo no modificado por el ad quem; así como el contexto en el que indudablemente deben inscribirse y la participación que miembros del Estado han tenido en el secuestro de Ricardo Aurelio Troncoso Muñoz, Hernán Galo González Inostroza, María Elena González Inostroza y Elsa Victoria Leuthner Muñoz, no cabe duda alguna que deben ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad. Ello sin perjuicio de otras calificaciones que pueden adoptarse de manera concurrente (crímenes de guerra) y que ratifican su carácter de crímenes de derecho internacional.

Es así como, el secuestro realizado por agentes del Estado -o por un individuo que actúa con autorización, apoyo o aquiescencia oficial-, es un caso de privación de libertad que conculca además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su “arresto” y que conlleva el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva de la víctima, la negación de su detención y reclusión a terceros interesados, que representan, por sí mismas, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad síquica y moral y al debido respeto a la dignidad inherente al ser humano; constituyendo, por tanto, una violación múltiple y continuada de numerosos derechos que ha sido calificada por la Asamblea de la Organización de Estados Americanos como “una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad” (AG/RES 666), que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, pues merecen una reprobación tal de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular.

SEXAGÉSIMO SEGUNDO: Que también los principios internacionales referidos, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, cuyo colofón –de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución- es que prevalecen sobre la legislación interna, toda vez que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan. Siendo, por lo mismo, tal normativa invocable por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetarlos, promoverlos y garantizarlos.

SEXAGÉSIMO TERCERO: Que al respecto esta Corte ha reconocido en variadas oportunidades que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas. En efecto, en el caso denominado Lauritzen con Fisco este tribunal sostuvo “que aún en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del Derecho Internacional tienen

prevalencia en estos casos” (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVI, segunda parte, sección cuarta, página 66).

Igualmente, se ha declarado que el derecho internacional, aun consuetudinario, tiene prevalencia sobre la legislación nacional, a pesar que el primero no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados, los que se entienden automáticamente incorporados en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado. Afirmando que es inaceptable en derecho que un tratado internacional pueda ser modificado por un acto unilateral de uno de los contratantes (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LII, segunda parte, sección primera, página 478; Revista Fallos del Mes, septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, páginas 223 a 224 y junio de mil novecientos setenta y cinco, página 90; y Alfredo Etcheberry O.: “El Derecho Penal en la Jurisprudencia”, tomo I, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, Santiago, Chile, año dos mil dos, páginas 38 y 39).

Del mismo modo, la doctrina autorizada asevera que cuando se presenta un posible conflicto con el derecho internacional, sea convencional o consuetudinario, el juez tiene en primer término la regla externa, puesto que no es de presumir que el legislador nacional haya querido infringir el derecho internacional (Adolfo Veloso: “Algunos problemas acerca de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho chileno”, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 165, enero – diciembre de mil novecientos setenta y siete, página 272; y Santiago Benadava: “Derecho Internacional Público”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos ochenta y dos, página 13). También la primacía de los Principios Generales del Derecho Internacional ha sido reconocida desde los albores de nuestra República, así la Ley de Garantías Individuales, de veinticinco de septiembre de mil ochocientos ochenta y cuatro, Título Primero, que trata De las Restricciones a la Libertad Individual en Jeneral refiere en su artículo 5°: las disposiciones contenidas en los tres artículos precedentes no se aplican: 2° A los que se dictaren en conformidad a tratados celebrados con naciones extranjeras o a los principios jenerales de derecho internacional, como, por ejemplo, en el caso de extradición de criminales i de aprehensión de marineros desertores (Pedro Javier Fernández: “Código Penal de la República de Chile, Explicado y Concordado”, Imprenta Barcelona, segunda edición, Santiago de Chile, año mil ochocientos noventa y nueve, página 426). En el mismo sentido Manuel Egidio Ballesteros sostiene “y con ser sólo un cuerpo de doctrinas, el derecho internacional es sin embargo, de aplicación preferente a las leyes positivas de carácter interno, en aquellas cuestiones regidas por él” (“La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales en Chile”, Tomo I, Santiago de Chile, año mil ochocientos noventa, página 571).

El gobierno chileno ha tomado la misma posición tanto en lo atinente al derecho internacional convencional como del consuetudinario. Así, la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, por ejemplo, en el caso en que un Tribunal de Menores había decretado orden de arraigo por dos muchachos que se encontraban, junto a su madre, asilados en una embajada con posterioridad al pronunciamiento militar de septiembre de mil novecientos setenta y tres, al considerar que: “por sobre la resolución judicial emanada del referido tribunal de

menores corresponde aplicar las normas de Derecho Internacional que gobiernan la institución del asilo". (Informe N° 96 de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, de catorce de noviembre de mil novecientos setenta y tres, citado en Hugo Llanos Mansilla: "Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público", Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, mil novecientos ochenta y tres, páginas 408 a 410).

En tal virtud, las reglas del derecho internacional generalmente aceptadas se entienden automática y globalmente incorporadas en el derecho interno, y "deben ser aplicadas por los tribunales nacionales con preferencia al derecho interno" (Jorge Precht Pizarro: "Vino nuevo en odres viejos: Derecho Internacional convencional y derecho interno chileno", en Revista *Ius et Praxis*, año 2, N° 2°, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año mil novecientos noventa y siete, página 129; Alejandro Silva Bascuñán: "Reformar sobre Derechos Humanos", en Revista Chilena de Derecho, Volumen N° 16, año mil novecientos ochenta y nueve, página 583; Cecilia Medina Quiroga: "Constitución, Tratados y Derechos Esenciales, editado por Corporación de Reparación y Reconciliación, Santiago, año mil novecientos noventa y cuatro, página 53; Humberto Nogueira Alcalá: "Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en Revista Chilena de Derecho, P.V.C., Volumen 20, N°s. 2° y 3°, Tomo II, mayo – diciembre, año mil novecientos noventa y tres, página 894 y 895; y Claudio Troncoso Repetto y Tomás Vial Solar: "Sobre los Derechos Humanos reconocidos en Tratados Internacionales y en la Constitución", en Revista Chilena de Derecho, Volumen 20, N°s. 2° y 3°, Tomo II, año mil novecientos noventa y tres, páginas 696 y 697). Primacía de las normas internacionales de Derecho Internacional General que determina que, en los delitos de lesa humanidad, dichas disposiciones actualmente recepcionadas constitucionalmente vía tratado internacional y vinculantes desde antes como Principio General del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, son obligatorias en la forma precedente.

SEXAGÉSIMO CUARTO: Que, coincidiendo con los tópicos recién expuestos, expresan dos de los representantes de la mejor doctrina contemporánea que "la contradicción entre derecho y ley, y entre derecho nacional y supranacional, adquiere una actualidad trágica cuando el Estado que se cree inspirado por una misión, contrapone su ley positiva a la idea del derecho y a la conciencia cultural supranacional, insistiendo, por una parte, en la obediencia a sus mandatos contrarios a la moral y pretendiendo, por la otra, certificar la juridicidad de la actuación del ejecutor de sus mandatos atentatorios contra la moral. Desde un punto de vista histórico, el Estado totalitario del nacionalsocialismo constituyó un ejemplo de este conflicto; aún en la actualidad somos testigos de procedimientos similares, en los cuales los mandatos estatales están en abierta contradicción con elementales derechos del hombre y principios procesales del Estado de derecho". "La libertad de un Estado para determinar qué es derecho y qué es ilícito dentro de su territorio, puede ser muy amplia, mas no así ilimitada. Pese a todas las diferencias existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos nacionales, en la conciencia de todos los pueblos civilizados existe un cierto núcleo del derecho, el que, de acuerdo a un principio jurídico general, no puede ser lesionado por ninguna ley ni por ninguna otra clase de medidas autoritarias. Este núcleo abarca determinados principios básicos de la

conducta humana que son considerados inviolables, que a partir de ideas morales básicas coincidentes se han desarrollado en el tiempo, con validez para todos los pueblos y culturas, principios a los cuales cabe reconocer vinculatoriedad jurídica, aun cuando disposiciones particulares de ordenamientos jurídicos nacionales autoricen un desconocimiento aparente de ellos" (Reinhart Maurach y Heinz Zipf: "Derecho Penal. Parte General", traducido de la séptima edición alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone, Editorial Astrea, Buenos Aires, mil novecientos noventa y cuatro, tomo I, 25, IV, números marginales 16 y 17, página 430).

SEXAGÉSIMO QUINTO: Que la obligación estatal que dimana de la Constitución, de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y de los Principios Generales de Derecho Internacional Humanitario, existía bajo nuestra Carta Fundamental de mil novecientos veinticinco, pues Chile al igual que hoy era un Estado Constitucional de Derecho, y le era exigible la congruencia de aquélla con los aludidos acuerdos multilaterales y axiomas. Por lo que el legislador no tiene atribución alguna para modificar por ley un acuerdo internacional y si bien podría dictarla, prescribiendo disposiciones contrarias a este o que hiciesen imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo comportaría una contravención al ordenamiento internacional. No puede ser de otra manera, en especial respecto de los tratados en materia de derechos humanos, ya que "éstos tienen una naturaleza distinta de la ley, en la medida en que no son actos jurídicos unilaterales, sino actos jurídicos bi o multilaterales en que intervienen las voluntades de diversos Estados. Además, estos tratados se constituyen no en beneficio de los Estados parte sino en resguardo de la dignidad y los derechos inherentes al ser humano por el solo hecho de ser persona. Los Estados parte por tal reconocimiento constituyen una autolimitación a su soberanía, No pueden, por ende, desvincularse unilateralmente de los tratados en materia de derechos humanos, sino de acuerdo al procedimiento establecido en ellos mismos" (Humberto Nogueira Alcalá: "Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen 20, N°s. 2 y 3, tomo II, mayo - diciembre de mil novecientos noventa y tres, página 887). Un acuerdo internacional, por consiguiente, no puede dejar de aplicarse sino de conformidad con las normas de derecho internacional (Gaceta Jurídica, N°s 177 y 185, páginas 165 y 120, respectivamente).

Este colofón, es el único posible aún ante la inexistencia de derecho convencional en la materia, pues la consideración de los hechos como crímenes de lesa humanidad genera en cada Estado miembro de la comunidad internacional la obligación de juzgar y castigar a sus autores, en tanto delitos lesionadores de valores que la humanidad no duda en calificar como esenciales y constitutivos de la persona. En consecuencia, en este caso por su contradicción con instrumentos internacionales que impedían la dictación de una norma de esa naturaleza, las disposiciones que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, prohibidas por contravenir aquellos de carácter inderogable reconocidos por el derecho internacional humanitario, como es el caso del Decreto Ley N° 2.191, sobre amnistía, de mil novecientos setenta y ocho, carecen de efectos jurídicos.

SEXAGÉSIMO SEXTO: Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, preceptúa que el ejercicio de

la soberanía aparece limitado por “los derechos esenciales de la persona humana” siendo “deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”. Valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos (Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2.066), aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites. Otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado artículo 5°, sino también del 1°, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26°, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1° común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer cumplir el derecho internacional humanitario.

La soberanía interna de nuestra Nación reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza del hombre, que constituyen valores superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluso el Poder Constituyente, lo cual impide que sean desconocidos aún por gobiernos de facto.

Este carácter amplio de protección se desprende de la historia fidedigna del establecimiento del precepto aludido, dado que su integrante Jaime Guzmán Errázuriz al recalcar que los derechos que arrancan de la naturaleza humana era “el único límite a la soberanía desde un ángulo objetivo, habida consideración que el debe proyectarse conceptualmente con la noción de bien común”, de tal suerte que aun cuando esos derechos no estén en el texto constitucional “no por eso una disposición jurídica cualquiera que atentara indebidamente en contra de ellos, dejaría de ser ilegítima” (Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 49 de veintisiete de junio de mil novecientos setenta y cuatro).

SEXAGÉSIMO SÉPTIMO: Que lo que hasta ahora se ha venido exponiendo es el resultado obligado de la interpretación de la ley y de los dictados de la razón que ha debido ser adoptada de acuerdo a una valoración axiológica de la justicia que impone el deber de preferir el sentido en que las normas jurídicas tengan efecto sobre aquel en que se les niegue eficacia. Con mayor fuerza se alza esta conclusión si se tiene en consideración que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, cualquiera sea el ordenamiento jurídico, político, económico y social, y los valores prevalentes en la colectividad histórica. De esta forma se ha señalado que “... siendo los derechos del hombre anteriores del Estado y su vida en sociedad la razón de ser de todo ordenamiento jurídico, la protección y garantía de los derechos básicos del ser humano constituyen necesariamente el fundamento esencial de toda organización estatal”

(Acta Constitucional N° 3, considerando 1°, Decreto Ley N° 1.552, de trece de septiembre de mil novecientos setenta y seis).

SEXAGÉSIMO OCTAVO: Que en lo que guarda relación con el otro tópico planteado, vale decir, la prescripción de la acción penal, toda vez que los hechos pesquisados en los actuales acaecieron el quince de agosto de mil novecientos setenta y cuatro, por lo que podría estimarse que la responsabilidad de los encartados derivada del secuestro de los ofendidos, se encuentra terminada por la motivación contemplada en el ordinal sexto del artículo 93 del Código de Castigos.

SEXAGÉSIMO NONO: Que la prescripción penal es una institución jurídica de amplia y común aplicación, cuyo fundamento básico es el simple transcurso del tiempo, fijado con el propósito de alcanzar la paz social y la seguridad jurídica.

SEPTUAGÉSIMO: Que, sobre este tema y según se determinó entre los razonamientos trigésimo a trigésimo noveno del presente laudo, a la data en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a esta causa, el territorio nacional se encontraba en una guerra interna y, por consiguiente, eran plenamente aplicables los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve.

SEPTUAGÉSIMO PRIMERO: Que el artículo 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra estatuye que: "Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior", de lo cual se colige no sólo la imposibilidad de amnistiar tales ilícitos internacionales, sino que también la prohibición de aplicar la legislación interna en cuanto a las causales absolutorias de responsabilidad penal, como es la prescripción. Lo contrario, pugnaría, además, con los artículos 1°. 3° y 147 del mismo ordenamiento internacional, en cuanto éstos sancionan, en todo tiempo y lugar, entre otros, el homicidio en cualquiera de sus formas, perpetrado en caso de conflicto armado sin carácter internacional.

SEPTUAGÉSIMO SEGUNDO: Que, en efecto, la referida prohibición de autoexoneración no atañe sólo a situaciones obvias, en los que los detentadores del poder han aprovechado la situación ventajosa en que se encontraban para conceder extinciones de responsabilidad, como amnistías autoconcedidas, sino que implica también una suspensión de la vigencia de instituciones preexistentes, como la prescripción de la acción penal, que fueron concebidas para operar en un estado de paz social al cual estaban llamados a servir, pero no en situaciones de vulneración de todas las instituciones sobre las cuales dicho Estado se erigía, y en beneficio precisamente de quienes provocaron ese quebrantamiento.

SEPTUAGÉSIMO TERCERO: Que, por lo expuesto y atento a que los referidos Convenios integraban el ordenamiento jurídico nacional vigente a la fecha de la comisión de los injustos de marras, aquellos luctuosos hechos son imprescriptibles.

SEPTUAGÉSIMO CUARTO: Que, por lo demás, entre las exigencias de justicia material y las de la seguridad jurídica, esta última ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídicas; que, en el ámbito del Derecho Penal, se contempla y acentúa en la protección de los derechos esenciales de la persona humana.

Si bien es cierto que en el proceso criminal, el Estado se somete a restricciones instrumentales, formales, institucionales y, como en este caso,

temporales y, en tal virtud, transcurrido un lapso de tiempo más o menos prolongado, según cuál sea la gravedad del delito, sin que la persecución se concrete en la imposición o en la ejecución de un castigo, el Estado la abandona, no lo es menos que lo que el estado de derecho no autoriza es el mantenimiento indefinido de la contingencia de represión. Lo que presupone, sin embargo, que la punición ha sido contingente por algún espacio de tiempo lo que, precisamente, no ha ocurrido en los antecedentes de que se trata, dado que un delito cubierto por una amnistía es uno respecto del cual la persecución penal deviene en imposible por su inhibición, en este evento a través del Decreto Ley N° 2.191 de mil novecientos setenta y ocho, lo que provocó, por ende, que respecto de estos importantes sucesos, el cómputo del período de prescripción no comenzará a correr, sino una vez que la supresión institucional de la contingencia de la punición, a raíz de la ruptura del orden constitucional, acabara y la constitución de un gobierno que otorgue las debidas garantías a quienes sentían lesionados o atropellados en sus derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna (Alberto M. Binder: "Justicia Penal y Estado de Derecho", Editorial Ad – Hoc, segunda edición actualizada, Buenos Aires, año dos mil cuatro, página 132; María Inés Horvitz L.: "Amnistía y Prescripción en Causas sobre Violación de Derechos Humanos en Chile", en Anuario de Derechos Humanos, N° 2, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, año dos mil seis, páginas 224 y 225; y Juan Pablo Mañalich R: " EL Secuestro como delito permanente frente al Decreto Ley de Amnistía", en Revista de Estudios de la Justicia, N° 5, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, año dos mil cinco, páginas 28, 29 y 32).

Un hecho criminoso como el que nos ocupa que tiene como principales protagonistas apersoneros como los procesados, que valiéndose de la posición privilegiada que ostentaban, facilitados por el sistema de gobierno imperante en aquel entonces, no permitía la más mínima posibilidad de que dicho ilícito fuera denunciado menos aún pudo haberse pretendido a que se evitara su realización, ni que decir a que sus autores materiales o morales sean castigados por ellos.

A la vez, la evolución y progresividad del derecho internacional de los derechos humanos ya no autorizan al Estado a tomar decisiones cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos que, por su entidad y significación para la comunidad humana, no dejan de ser vivenciados como gravísimos por el transcurso del tiempo ni por sus protagonistas ni por los afectados ni, en fin, por la sociedad toda (en el mismo sentido: Eugenio Raúl Zaffaroni: Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires, segunda edición, año dos mil cinco, página 883).

SEPTUAGÉSIMO QUINTO: Que también, según se determinó anteladamente, los sucesos investigados constituyen crímenes contra la humanidad y de ellos se deriva como lógico resultado la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, desde que tanto los injustos contra la humanidad son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar.

SEPTUAGÉSIMO SEXTO: Que, a mayor abundamiento, el veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho la Asamblea General de las

Naciones Unidas en su resolución 2391 (XXIII) adoptó la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”, en vigor desde el once de noviembre de mil novecientos setenta, la que en su Preámbulo señala que los Estados Partes en la presente Convención, recordando las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 170 (II) de 31 de octubre de 1947, sobre Extradición y el Castigo de los Criminales de Guerra, la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, que conforma los Principios del Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg y por el fallo de este Tribunal, las resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona por una parte, y la política de apartheid, por otra; observando que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo; y advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes; convienen lo siguiente: Artículo I: “Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra; y b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”.

SEPTUAGÉSIMO SÉPTIMO: Que, no obstante que la citada Convención no se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento jurídico como tal, en realidad aquella se limitó a afirmar la imprescriptibilidad de tales deplorables hechos –amén de las fuentes citadas en su Preámbulo-, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario, confirmando un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de la realización de los sucesos, pues por su naturaleza preexiste al momento de su positivización. Desde esta perspectiva, es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la mentada convención, y que esta también era materia común del derecho internacional.

Respecto de delitos que al tiempo de cometerse, fueran tales según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, se consideró que, en esos casos, el derecho penal no podía limitar el poder punitivo hasta el extremo de la impunidad.

En conclusión, puede decirse que la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado como parte de la comunidad internacional. El referido instrumento internacional, se comporta como la constatación de la existencia y expresión formal de la norma, a su más precisa sistematización y formulación de las reglas de derecho internacional en aquellas materias que ya existía práctica de los Estados (José Antonio Pastor R.: "Las Naciones Unidas y la Codificación del Derecho Internacional: Aspectos Jurídicos y Políticos", en Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional, Fernández y Quel coordinadores, Editorial Ariel, Barcelona, año mil novecientos noventa y siete, página 176).

Así se evidencia en los trabajos preparatorios de la Convención, como queda de manifiesto de los informe de la Comisión de Derecho Internacional y en la Resolución 3 (XXII), aprobada por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas y la Resolución 1.158 (XLI), de cinco de agosto de mil novecientos sesenta y seis, de la Asamblea General y, por lo demás, como lo señalara el Relator Especial, Doudou Tima, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en lo que atiene a la imprescriptibilidad de este tipo de crímenes, esta convención es de "carácter simplemente declarativo pues las infracciones a que se refiere, al constituir crímenes por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido" (Cuarto Informe sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad", documento de las Naciones Unidas a/CN.4/398, de once de marzo de mil novecientos ochenta y seis, párrafo 172).

SEPTUAGÉSIMO OCTAVO: Que, igualmente, es menester destacar que el derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de la costumbre, que se entiende incorporada al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados.

Por ello, la mayoría de los tratados de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. Entonces esta Corte, en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacional, considera que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del *ius cogens*. Esto explica que las disposiciones humanitarias sean obligatorias para los Estados, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normativa no deriva del consentimiento de los Estados, sino de su carácter consuetudinario.

SEPTUAGÉSIMO NONO: Que el castigo de este tipo de crímenes proviene directamente de principios surgidos del orden imperativo internacional que se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por algunas limitaciones instituidas para el castigo del resto de los delitos. La consideración de aspectos tales como la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser, pues, efectuada desde esta perspectiva asegurando tanto el deber de punición que le corresponde al Estado

por su incorporación a un sistema internacional que considera imprescindible la represión de esas conductas como así también la protección de las víctimas frente a disposiciones de orden interno que eviten la condigna persecución de sus autores.

OCTOGÉSIMO: Que, además, la protección de bienes jurídicos como la vida de los individuos, su integridad corporal y la libertad personal deja de ser una cuestión interna y se convierte en una internacional cuando existen múltiples afectados y son cometidos con prevalimiento del poder estatal. En estos eventos la justificación no depende sólo del Derecho positivo interno, sino de la compatibilidad de este orden con el de los valores fundamentales de la comunidad internacional expresado en convenciones internacionales de derecho humano.

OCTOGÉSIMO PRIMERO: Que la Carta de Naciones Unidas implantó entre los Estados nacionales su sumisión a un conjunto de obligaciones respecto de los habitantes de cada nación, de manera que debían adoptar las medidas tendientes a evitar el desconocimiento de derechos fundamentales, entre los que indudablemente se encuentra la persecución de aquellos delitos que afectan los derechos humanos esenciales. La persona no puede ser considerada como un mero objeto del orden internacional, pues el deber de respetar los derechos humanos “constituye en el derecho internacional contemporáneo una obligación erga omnes de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto” (Juan Antonio Carrillo Salcedo: “Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional contemporáneo”, Editorial Tecnos S.A., Madrid, año mil novecientos noventa y cinco, página 131).

La falta de un aparato organizado de sanción respecto de los Estados nacionales no implica que deba omitirse el castigo de los crímenes contra la humanidad, porque precisamente una de las características peculiares en la persecución de estos crímenes consiste en que, en diversas ocasiones, no es posible su represión efectiva ante la ausencia de un marco nacional de punición que ha quedado insertado en un proceso político en el cual las mismas personas que cometieron tales hechos impiden de un modo u otro, la búsqueda de la verdad y el castigo de los responsables.

OCTOGÉSIMO SEGUNDO: Que, por tales razones, las Naciones Unidas en su resolución 3074 (XXVII) sobre “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”, aprobada por la Asamblea General el tres de diciembre de mil novecientos setenta y tres consigna como principio I que “Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas”. Dogma concordante y consecuente con la Carta Internacional de los Derechos del Hombre, de diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, donde se considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, en que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos del hombre han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, por lo que resulta esencial que tales derechos sean protegidos por un régimen de

derecho, dado que los pueblos de las Naciones Unidas han afirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana.

Es así que los Estados miembros se han comprometido a asegurar la cooperación con la Organización de las Naciones Unidas en el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, proclamando el ideal común de su promoción, respeto y aseguramiento progresivo, entre los que se encuentra el derecho a la vida y a la seguridad de las personas.

OCTOGÉSIMO TERCERO: Que a la anterior resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que el Estado de Chile suscribe, se agregan informes, recomendaciones y declaraciones de sus distintas comisiones, de conformidad a los artículos 55 c) y 56 del texto original de la Carta de las Naciones Unidas que obliga a los Estados miembros “al respeto universal y a la observancia de los derechos humanos” y la transgresión de este principio, aceptado como fuente general del derecho internacional de vigencia universal, genera el deber de penalización.

OCTOGÉSIMO CUARTO: Que, ajustándose a lo razonado y en vista de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, los hechos sobre los que versa este litigio, son imprescriptibles, por cuanto, es obligatorio para el derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos para el cual es inadmisibles la prescripción que pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos.

OCTOGÉSIMO QUINTO:: Que, con todo, cabe advertir que el tipo penal de secuestro en que se encuadra la actividad criminal de los hechores, corresponde a lo que se denomina un delito permanente, noción que si bien es de origen doctrinario pues no se consigna expresamente en algún precepto de nuestra legislación positiva, la verdad es que la elaboración de la clasificación de los hechos punibles, sólo en algunos casos de excepción, como los artículos 1°, 2°, 3°, 7° y 369 del Código Penal, 11, 18, 77, N° 1°, y 263 de su homónimo de procedimiento criminal y 165 del Código Orgánico de Tribunales, reconocen una mención específica en la ley, pero la gran mayoría se asienta más bien en las distintas pautas que se deducen del propio Estatuto punitivo, tales como el bien jurídico protegido o la estructura dada a los correspondientes tipos de la sección especial. Es así como la distinción entre delitos instantáneos y permanentes, se afina en el hecho de que el bien jurídico protegido por estos últimos admite una lesión prolongada en el tiempo y que la acción descrita por el tipo tiende precisamente a generar ese quebrantamiento progresivo.

Si el delito queda consumado en un solo instante, esto es, si el proceso ejecutivo que culmina al completarse todas las exigencias del tipo delictivo se cierra en un momento determinado y único, nos encontramos en presencia de un delito instantáneo. Nótese que no se atiende a la duración de los preparativos o de los actos conducentes a la plena realización del hecho, sino solamente al instante en que éste queda completo. Y entonces, un homicidio que se perpetra suministrando gradualmente sucesivas dosis de veneno a la víctima, es un delito instantáneo, porque a pesar de que haya demorado la ejecución, quedó consumado en el instante en que aquella falleció. También el hurto es un delito instantáneo, no obstante que los actos para realizarlo hayan sido varios y

demorosos, porque hay un momento en que el autor se apropia de la cosa y él marca la época de la consumación. Para decidir si la consumación de un delito queda perfeccionada en un solo momento, hay que atender a la descripción típica que la ley nos proporciona de él, principalmente según el verbo indicador de la acción que esa figura contiene, pues si esa acción es enterada en un instante determinado ha de tenerse el delito por instantáneo.

Los delitos permanentes son, en cambio, aquellos en que el momento consumativo perdura en el tiempo. En ellos se produce también un instante en que la conducta típica está completa, pero entonces se origina un estado o situación susceptibles de ser prolongados en el tiempo, que constituyen subsistencia de esa conducta. “Tal es el caso del secuestro; el agente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello, pero el encierro empieza a durar y puede perdurar más o menos según la voluntad del hechor. Esta mantención o subsistencia de la conducta típica plena, puede darse solamente en ciertos tipos que emplean un verbo denotativo de una conducta susceptible de duración. Así ocurre en nuestro Código Penal con los artículos 135, 141, 142, 217, 219, 224, N° 5°, 225, N° 5°, y 457, entre otros. Obsérvese como varios de ellos colocan la expresión “continuar” antes de la forma verbal indicativa de la acción típica, la que se usa en gerundio.” (Eduardo Novoa Monreal: “Curso de Derecho Penal Chileno”, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, año dos mil cinco, página 249).

Esta misma división es recogida por Labatut y Cousiño, quienes se muestran contestes en cuanto a que es lo que debe entenderse por delito permanente y cual es la importancia de su distinción (Gustavo Labatut G.: “Derecho Penal, parte general”, Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos noventa y cinco, página 165; y Luis Cousiño Mac-Iver: “Derecho Penal Chileno”, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos setenta y cinco, páginas 316 a 319).

OCTOGÉSIMO SEXTO: Que el carácter de permanente se ve influido por el bien jurídico amparado por el delito y por las modalidades de comisión. Respecto de lo primero, se trata, principalmente, de la libertad de tránsito, locomoción o ambulatoria, valorado como una condición imprescindible para que la persona pueda realizarse en las distintas esferas vitales individuales o sociales, alcanzando sus necesidades en la relación social, la capacidad del hombre de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico o, simplemente, a la libertad de abandonar el lugar en donde se encuentra el sujeto. En cuanto a lo segundo, las modalidades de comisión (“encerrar” o “detener”) auguran que el ilícito de secuestro se consuma con la mantención de un estado de detención o encierro, lo cual torna extremadamente difícil sostener que el encierro o la detención – resultados de las acciones u omisiones- se consuman en un instante efímero de tiempo, como el homicidio. Antes bien, se exige jurisprudencial y doctrinariamente que exista cierto tiempo de privación de libertad ambulatoria para que pueda entenderse consumado el delito.

Conceptualizado el delito permanente en la forma señalada, queda en evidencia que constituye él un caso de unidad de hecho punible con pluralidad de conductas, pues en el caso de estos delitos el hecho típico comprende y se configura sobre la base de una acción y de una omisión. Así, por ejemplo, en el caso del delito de secuestro –uno entre los varios casos de delito permanente que

contempla nuestra legislación penal- el sujeto activo que incurre en el injusto comienza realizando una acción, que el artículo 141 del Código Penal describe como encerrar o detener, creando así una situación indeseada para el ordenamiento jurídico, ya que afecta, lesionándolo, el bien jurídico libertad personal ambulatoria del sujeto pasivo del delito –objeto material del mismo- y esta situación se prolonga, permanece, perdura en el tiempo por voluntad del sujeto activo, debido a que éste, en el caso concreto, pudiendo hacerla cesar, no lo hace, de modo que al ocurrir esto último incurre en omisión, permaneciendo en la realización del delito.

OCTOGÉSIMO SÉPTIMO: Que entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos permanentes resalta aquella en que la prescripción de la acción penal no empieza a correr sino una vez que ha concluido la duración de su estado consumativo. Así lo admite unánimemente la doctrina, como la del precitado profesor Novoa, quien expresa que “En suma, la característica diferencial entre los delitos instantáneos y permanentes está en que los primeros quedan terminados cuando alcanzan la plenitud de los requisitos propios de la consumación, al paso que los segundos inician en ese momento una duración en el tiempo más o menos prolongada, en la cual la violación jurídica subsiste por la voluntad del sujeto activo”... “La gran importancia de esta clasificación queda demostrada por diversas particularidades que presentan los delitos permanentes, entre las que destaca la prescripción de la acción penal correspondiente a ellos no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo” (Ob. Cit. página 250; Gustavo Labatut, Ob. Cit. página 298; Cousiño Mac-Iver, Ob. Cit. Página 317. En el mismo sentido, Enrique Cury U.: “Derecho Penal, Parte General”, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos noventa y dos, página 433; Alfredo Etcheberry: “Derecho Penal”, tomo II, Carlos Gibbs Editor, páginas 282 y 283; Hugo Ortiz de Filippi: “De la Extinción de la responsabilidad penal”, Ediar Conosur Ltda., año mil novecientos noventa, página 92; Gonzalo Yuseff Sotomayor: “La Prescripción Penal”, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición actualizada, año dos mil cinco, página 90; y Manuel de Rivacoba: “El delito de usurpación y el problema de su prescripción”, en Gaceta Jurídica N° 48, junio de mil novecientos ochenta y cuatro, página 3).

También la jurisprudencia ha reconocido esta categoría de delitos permanentes como “aquellos en que la acción consumativa crea un estado delictuoso que se prolonga en el tiempo mientras subsiste la lesión del bien afectado, como ocurre en los delitos comunes de raptó, detención ilegal y abandono de familia (sic), que se caracterizan por una voluntad criminal duradera y en que la prescripción de la acción penal comienza a correr desde la cesación del estado delictuoso” (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVII, 1960, segunda parte, sección cuarta, páginas 166 y 167, considerando 6° y Tomo LXVI, 1969, segunda parte, sección cuarta, páginas 234, reflexión 2°).

OCTOGÉSIMO OCTAVO: Que la prescripción en general, tanto relativa a la de la acción penal como de la pena, como ya se adelantó, opera, en la situación del delito en comento, una vez que éste ha terminado, conforme lo reseñado por la doctrina ya citada y que también ha refrendado la jurisprudencia cuando afirma “en caso de ser delito permanente, la prescripción comienza a correr al cesar la

prolongación de la consumación delictiva” (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVII, 1960, segunda parte, sección cuarta, página 167).

Entonces tampoco cabe aplicar la prescripción de la acción penal alegada, desde el momento que no aparece comprobado en autos que el injusto haya cesado de cometerse, sea por haberse dejado en libertad a la víctima, sea por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la data de su muerte, en el evento de haber ocurrido ésta, por lo que se denegará el recurso intentado en este sentido.

OCTOGÉSIMO NONO: Que, por las razones anotadas cabe concluir que los sentenciadores, no han incurrido en yerro de derecho al no acceder a los requerimientos de las defensas de los convictos para que se les reconozca la procedencia de la amnistía y de la prescripción de la acción penal propuestas en sus descargos.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 141 del Código Penal; 418 del Código de Justicia Militar, 764, 765, 767 y 772 del de Procedimiento Civil, 535, 546, N°s 2°, 3°, 5° y 7°, y 547 de su homónimo de Instrucción Criminal, lo establecido en el Decreto Ley, N° 5° de 1973 y 1°, 3°, 147 y 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, **SE RECHAZAN** los recursos de casación en el fondo intentados por el abogado Enrique Ibarra Chamorro en asistencia de Blasclay Humberto Zapata Reyes y Osvaldo Enrique Romo Mena, en lo principal de sus presentaciones de fojas 2.286 a 2.294 y 2.295 a 2.301; y el instaurado por Miguel Krassnoff Martchenko, representado por el letrado Gustavo Adolfo Promis Baeza, en su libelo de fojas 2.302 a 2.321, en contra de la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago, de dos de junio de dos mil seis, escrita de fojas 2.282 a 2.285, la que, en conclusión, no es nula.

Se previene que los Ministros Sres. Nibaldo Segura Peña y Rubén Ballesteros Cárcamo no comparten los fundamentos trigésimo al cuadragésimo nono y quincuagésimo tercero a octogésimo cuarto, pues estiman que los demás considerandos son los pertinentes y apropiados para resolver los recursos de casación, en la forma decidida, salvo el señor Ballesteros que tampoco acepta los motivos quincuagésimo a quincuagésimo segundo, y octogésimo quinto a octogésimo octavo.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez Espoz.

Rol N° 3452 - 06.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y el abogado integrante Sr. Fernando Castro A.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.